Flávio Tartuce

DIREITO CIVIL 4

Direito das Coisas

6.ª edição
Revista, atualizada e ampliada

DIREITO CIVIL | 4

Direito das Coisas

O GEN | Grupo Editorial Nacional reúne as editoras Guanabara Koogan, Santos, Roca, AC Farmacêutica, Forense, Método, LTC, E.P.U. e Forense Universitária, que publicam nas áreas científica, técnica e profissional.

Essas empresas, respeitadas no mercado editorial, construíram catálogos inigualáveis, com obras que têm sido decisivas na formação acadêmica e no aperfeiçoamento de várias gerações de profissionais e de estudantes de Administração, Direito, Enfermagem, Engenharia, Fisioterapia, Medicina, Odontologia, Educação Física e muitas outras ciências, tendo se tornado sinônimo de seriedade e respeito.

Nossa missão é prover o melhor conteúdo científico e distribuí-lo de maneira flexível e conveniente, a preços justos, gerando benefícios e servindo a autores, docentes, livreiros, funcionários, colaboradores e acionistas.

Nosso comportamento ético incondicional e nossa responsabilidade social e ambiental são reforçados pela natureza educacional de nossa atividade, sem comprometer o crescimento contínuo e a rentabilidade do grupo.

Flávio Tartuce

DIREITO CIVIL | 4

Direito das Coisas

6.ª edição
Revista, atualizada e ampliada

SÃO PAULO

Aos meus alunos de ontem, de hoje, de sempre.

Ao Largo de São Francisco, pelos primeiros passos jurídicos.

NOTA DO AUTOR À 6.ª EDIÇÃO

Sigo sozinho. A partir desta 6.ª edição, a presente obra deixa de ser escrita a quatro mãos e passa a ser um *livro solitário*. Por iniciativa e pedido do meu querido coautor, José Fernando Simão, esta coleção de Direito Civil passa a ser escrita somente por mim.

Penso que, ao final, ganha toda a comunidade jurídica nacional com a outra coleção que surgirá, escrita pelo meu querido *irmão acadêmico*. E Simão continuará a ser um *irmão* para mim, um ícone, uma referência, um guru intelectual, uma pessoa a quem devo me espelhar. A ele devo muitos dos meus pensamentos, muitas das minhas conclusões e parte da minha formação jurídica, pois pude, nos últimos anos, dividir com ele grandes debates a respeito do Direito Privado Brasileiro. Penso que José Fernando Simão é e será um dos grandes expoentes da minha geração de civilistas. Desejo a ele toda a sorte possível nas suas novas jornadas bibliográficas. Tenham certeza que seu novo projeto será citado nas edições seguintes deste livro.

Mas esta nave segue. Para a presente edição deste livro, dedicado ao Direito das Coisas, incluí novos estudos sobre os capítulos iniciais, que já eram escritos por mim (Capítulos 1 a 4). Os Capítulos 5 a 9 – antes escritos pelo Professor Simão – foram totalmente reescritos. Mantive, naquilo em que havia compatibilidade com o jurista coautor, os pensamentos das edições anteriores do livro, devidamente citados. Ressalto, contudo, que a obra está remodelada nos temas relativos ao condomínio, aos direitos reais de gozo ou fruição, ao direito real de aquisição, aos direitos reais de garantia e à alienação fiduciária em garantia. Ampliei e acrescentei novos assuntos, que passaram a ser meu objeto de estudo nos últimos anos.

Como sempre, foram incluídas as principais novidades do último ano em todo o livro. Destaco a inserção de novos julgados e posicionamentos doutrinários, bem como o estudo dos enunciados aprovados na *VI Jornada de Direito Civil*, realizada em março de 2013.

Ressalto que o último ano foi muito intenso quanto às minhas atividades profissionais. A atuação consultiva e em pareceres foi maior do que nos anos anteriores, repercutindo diretamente na obra, até porque as principais atuações foram relacionadas ao Direito Imobiliário. Ademais, passei a ser Professor Titular permanente no programa de mestrado e doutorado na FADISP, o que me possibilitou aprofundar sobremaneira alguns assuntos, especialmente pelos debates que ocorreram nas minhas duas disciplinas que ministrei durante 2013. Passei a ter orientandos de mestrado e doutorado, com quem também tive a honra de mesclar meus posicionamentos e reflexões.

Esses foram alguns incrementos realizados no livro. Espero que ele continue ganhando espaço no mercado editorial brasileiro, especialmente entre os alunos de graduação. E que o ano de 2014 seja tão *frutífero* quanto foi o último.

Vila Mariana, dezembro de 2013.

PREFÁCIO

Em meio a tantas transformações por que passam as relações jurídicas de Direito Privado, o Direito das Coisas talvez seja o mais instigante, por atrair aspectos a um só tempo dogmáticos e ideológicos, a suscitar mecanismos de permanente conflito de interesses, no que tange ao aproveitamento dos bens, entre a tutela patrimonial (propriedade como garantia) e a concretização de direitos fundamentais (propriedade como acesso). A sistematização da matéria, permeada por núcleos normativos não raro conflitantes, exige reconstrução teórica de elevado grau de dificuldade. A tal desafio se lança o Professor Flávio Tartuce, nesta 6.ª edição do volume 4 de sua já consagrada obra dedicada ao Direito Privado Brasileiro.

O livro encontra-se organizado em nove capítulos, dedicados aos principais institutos dos Direitos Reais e às suas principais controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais. O primeiro deles traz uma *Introdução ao Direito das Coisas*, analisando a questão terminológica, a discussão a respeito da taxatividade e da tipicidade dos direitos reais, as diferenças em face dos direitos pessoais patrimoniais, bem como a aproximação entre tais categorias jurídicas na perspectiva da Constituição Federal de 1988.

No segundo capítulo, estuda-se a posse, seu conceito e natureza jurídica, as teorias justificadoras, a visão sociológica, as principais classificações possessórias, seus efeitos, formas de aquisição, transmissão e extinção. Merecem destaque as incursões interdisciplinares então levadas a cabo, em especial os aspectos processuais, com a exposição das principais ações possessórias, diretas e indiretas.

A propriedade é tema do capítulo seguinte, com a sua conceituação civil-constitucional, abordagem profunda da sua função social e de outras limitações ao seu exercício. São estudadas, com detalhes, as formas de aquisição da propriedade, com atenção especial à usucapião. Este Capítulo 3 ainda analisa o controvertido mecanismo da chamada *desapropriação privada*, constante do art. 1.228, §§ 4.º e 5.º, do Código Civil, tendo como referência informativa os enunciados aprovados nas *Jornadas de Direito Civil*. O encontro dos elementos teóricos com a realidade prática dá-se mediante o confronto dessa nova categoria com o julgado da Favela Pullman, pronunciado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo e pelo Superior Tribunal de Justiça.

O Capítulo 4, relativo ao Direito de Vizinhança, segue a linha dos anteriores, com visão interdiciplinar dos institutos vicinais, enfocando questões constitucionais, ambientais e processuais. São estudados, pontualmente: o uso anormal da propriedade, as árvores limítrofes, a passagem forçada e o novo regime da passagem de cabos e tubulações, o direito de tapagem, o direito de construir e o regime de águas. As ações fundadas no direito de vizinhança também compõem este importante capítulo.

O condomínio é o assunto da seção seguinte, tendo sido o Capítulo 5 totalmente reformulado em relação às edições anteriores. Além do condomínio comum ou tradicional, o autor aprofunda os temas relativos ao condomínio edilício, analisando, entre outros assuntos: as limitações da autonomia privada na convenção de condomínio, problemas jurídicos do dia a dia condominial, as penalidades aos condôminos, a permanência de animais e a problemática relativa à expulsão do condômino antissocial. Mais uma vez, percebe-se a preocupação com a axiologia civil-constitucional, em

especial quanto às limitações da autonomia privada nos pactos relativos à vida em comum.

Os Capítulos 6, 7, 8 e 9, que tratam dos direitos reais sobre coisa alheia, também foram reescritos. Destaca-se o texto aprofundado dos direitos reais de gozo ou fruição, com ênfase no usufruto e na superfície. O mesmo ocorre com os direitos reais de garantia, com a exposição de questões intricadas relativas ao penhor, à hipoteca e, em especial, à alienação fiduciária em garantia, seja de bens móveis ou imóveis.

Tive a satisfação de conhecer o Prof. Flávio Tartuce como seu professor em curso de pós-graduação, participando posteriormente da banca examinadora de seu doutoramento, na Faculdade de Direito da USP e de numerosas atividades acadêmicas comuns. O Prof. Tartuce prima por seu dinamismo e inquietude, integrando diversas instituições científicas, especialmente o nosso Instituto Brasileiro de Direito Civil (IBDCivil), o que lhe permite dialogar com grupos de pesquisa de todo o Brasil, ampliando o olhar de suas obras para a metodologia civil-constitucional. Na esteira das edições anteriores, Flávio Tartuce, nacionalmente conhecido por sua intensa atividade docente, consegue tratar de forma didática os intrincados problemas que, de maneira arguta, identifica e analisa, oferecendo ao leitor, em boa hora, subsídios teóricos e práticos para a compreensão e a construção do direito vivo.

Stanford, dezembro de 2013.

Gustavo Tepedino

Professor Titular de Direito Civil da Faculdade de Direito da UERJ.
Advogado e Consultor Jurídico. Presidente do IBDCivil
(Instituto Brasileiro de Direito Civil).

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO AO DIREITO DAS COISAS – Conceitos iniciais

1.1 Conceito de direito das coisas. A questão terminológica

1.2 Conceito de direitos reais. Teorias justificadoras e caracteres. Análise preliminar do art. 1.225 do CC

1.3 Diferenças entre os direitos reais e os direitos pessoais patrimoniais

1.4 O direito das coisas e a Constituição Federal. Primeiras noções a respeito da função social da propriedade

Resumo esquemático

Questões correlatas

Gabarito

2. DA POSSE

2.1 Conceito de posse e teorias justificadoras. A função social da posse. A detenção

2.2 Principais classificações da posse

2.2.1 Classificação quanto à relação pessoa-coisa ou quanto ao desdobramento
2.2.2 Classificação quanto à presença de vícios
2.2.3 Classificação quanto à boa-fé
2.2.4 Classificação quanto à presença de título
2.2.5 Classificação quanto ao tempo
2.2.6 Classificação quanto aos efeitos

2.3 Efeitos materiais da posse

2.3.1 A percepção dos frutos e suas consequências
2.3.2 A indenização e a retenção das benfeitorias
2.3.3 As responsabilidades
2.3.4 O direito à usucapião

2.4 Efeitos processuais da posse

2.4.1 A faculdade de invocar os interditos possessórios
2.4.2 A possibilidade de ingresso de outras ações possessórias
2.4.2.1 Da ação de nunciação de obra nova ou embargo de obra nova
2.4.2.2 Da ação de dano infecto
2.4.2.3 Dos embargos de terceiro
2.4.2.4 Da ação de imissão de posse
2.4.2.5 Da ação publiciana
2.4.3 As faculdades da legítima defesa da posse e do desforço imediato

2.5 Formas de aquisição, transmissão e perda da posse

2.6 Composse ou compossessão

Resumo esquemático
Questões correlatas
Gabarito

3. DA PROPRIEDADE
3.1 Conceito de propriedade e de direito de propriedade. Direitos e faculdades dela decorrentes
3.2 Disposições preliminares relativas à propriedade constantes do Código Civil de 2002. Suas principais limitações. A função social da propriedade. Aprofundamentos necessários
3.3 Principais características do direito de propriedade
3.4 A desapropriação judicial privada por posse-trabalho e a função social da propriedade. Análise do caso da *Favela Pullman* (STJ). Semelhanças e diferenças
3.4.1 Estudo da desapropriação judicial privada por posse-trabalho (art. 1.228, §§ 4.º e 5.º, do CC)
3.4.2 As tentativas de orientação da desapropriação judicial privada por posse-trabalho, pelos Enunciados aprovados nas Jornadas de Direito Civil, do Conselho da Justiça Federal e do Superior Tribunal de Justiça
3.4.3 O caso da *Favela Pullman* e a função social da propriedade
3.4.4 Semelhanças e diferenças entre a desapropriação judicial privada e o julgamento do caso da *Favela Pullman*
3.5 Da propriedade resolúvel. O enquadramento da propriedade fiduciária. Primeira abordagem
3.6 Da propriedade aparente
3.7 Formas de aquisição da propriedade imóvel. Formas originárias e derivadas
3.7.1 Das acessões naturais e artificiais
3.7.1.1 Da formação de ilhas
3.7.1.2 Da aluvião
3.7.1.3 Da avulsão
3.7.1.4 Do álveo abandonado
3.7.1.5 Das plantações e as construções
3.7.2 Da usucapião de bens imóveis
3.7.2.1 Aspectos materiais envolvendo a usucapião de bens imóveis. As modalidades de usucapião de imóvel admitidas pelo direito brasileiro
3.7.2.2 Da usucapião de bens imóveis e o direito intertemporal
3.7.2.3 A usucapião de imóveis públicos
3.7.2.4 Aspectos processuais envolvendo a usucapião de bens imóveis
3.7.3 Do registro do título
3.7.4 Da sucessão hereditária de bens imóveis
3.8 Formas de aquisição da propriedade móvel. Formas originárias e derivadas
3.8.1 Da ocupação e do achado do tesouro (arts. 1.264 a 1.266 do CC). O estudo da descoberta (arts. 1.233 a 1.236 do CC)
3.8.2 Da usucapião de bens móveis (arts. 1.260 a 1.262 do CC). Aspectos materiais

3.8.3 Da especificação (arts. 1.269 a 1.271 do CC)
3.8.4 Da confusão, da comistão e da adjunção (arts. 1.272 a 1.274 do CC)
3.8.5 Da tradição
3.8.6 Da sucessão hereditária de bens móveis
3.9 Da perda da propriedade imóvel e móvel
Resumo esquemático
Questões correlatas
Gabarito

4. DIREITO DE VIZINHANÇA – Análise a partir do Código Civil, da Constituição Federal e da Legislação Ambiental
4.1 Conceito de direito de vizinhança
4.2 Do uso anormal da propriedade
4.3 Das árvores limítrofes
4.4 Da passagem forçada e da passagem de cabos e tubulações
4.5 Das águas
4.6 Dos limites entre prédios e do direito de tapagem
4.7 Do direito de construir
Resumo esquemático
Questões correlatas
Gabarito

5. DO CONDOMÍNIO
5.1 Introdução. Conceito, estrutura jurídica e modalidades
5.2 Do condomínio voluntário ou convencional
5.2.1 Dos direitos e deveres dos condôminos
5.2.2 Da administração do condomínio voluntário
5.2.3 Da extinção do condomínio voluntário ou convencional. o direito de preferência tratado pelo art. 504 do Código Civil
5.3 Do condomínio legal ou necessário
5.4 Do condomínio edilício
5.4.1 Conceito e estrutura interna. Regras gerais básicas. A questão da natureza jurídica do condomínio edilício
5.4.2 Da instituição e da convenção do condomínio. O controle do conteúdo da convenção condominial
5.4.3 Direitos e deveres dos condôminos. Estudo das penalidades no condomínio edilício. O condômino antissocial
5.4.4 Da administração do condomínio edilício

5.4.4.1 O síndico
5.4.4.2 As assembleias (ordinária e extraordinária). *Quoruns* e deliberações
5.4.4.3 O conselho fiscal
5.4.5 Da extinção do condomínio edilício
Resumo esquemático
Questões correlatas
Gabarito

6. DOS DIREITOS REAIS DE GOZO OU FRUIÇÃO
6.1 Generalidades sobre os direitos reais de gozo e fruição
6.2 Da superfície
6.2.1 Conceito, partes e estrutura. Código Civil de 2002 *versus* Estatuto da Cidade
6.2.2 Regras fundamentais a respeito do direito real de superfície
6.2.3 Da extinção do direito real de superfície e suas consequências
6.3 Das servidões
6.3.1 Conceito, características, constituição e institutos afins
6.3.2 Principais classificações das servidões
6.3.3 Do exercício das servidões
6.3.4 Da extinção da servidão
6.4 Do usufruto
6.4.1 Conceito, partes, estrutura interna e figuras afins
6.4.2 Principais classificações do usufruto
6.4.2.1 Classificação quanto ao modo de instituição ou quanto à origem
6.4.2.2 Classificação quanto ao objeto que recai
6.4.2.3 Classificação quanto à extensão
6.4.2.4 Classificação quanto à duração
6.4.3 Regras fundamentais relativas ao usufruto. A questão da inalienabilidade do direito real
6.4.4 Dos direitos e deveres do usufrutuário
6.4.5 Da extinção do usufruto
6.5 Do uso
6.6 Da habitação
6.7 Das concessões especiais de uso e para fins de moradia. Novos direitos reais de gozo ou fruição introduzidos pela Lei 11.481/2007 no CC/2002
6.8 Da enfiteuse. Breves palavras
Resumo esquemático
Questões correlatas
Gabarito

7. DO DIREITO REAL DE AQUISIÇÃO. O COMPROMISSO IRRETRATÁVEL DE

COMPRA E VENDA DE IMÓVEIS
7.1 Primeiras palavras sobre o compromisso de compra e venda. Evolução histórica legislativa
7.2 Diferenças conceituais entre o compromisso de compra e venda registrado e não registrado na matrícula do imóvel
7.3 Requisitos de validade e fatores de eficácia do compromisso irretratável de compra e venda de imóvel
7.4 Inadimplemento das partes no compromisso irretratável de compra e venda de imóvel
7.4.1 Inadimplemento por parte do promitente vendedor
7.4.2 Inadimplemento por parte do compromissário comprador
7.5 Questões controvertidas atuais sobre o compromisso irretratável de compra e venda. Interações entre os direitos reais e pessoais. A Súmula 308 do Superior Tribunal de Justiça e suas decorrências. O “contrato de gaveta”
Resumo esquemático
Questões correlatas
Gabarito

8. DOS DIREITOS REAIS DE GARANTIA SOBRE COISA ALHEIA – Do penhor, da hipoteca e da anticrese
8.1 Teoria geral dos direitos reais de garantia sobre coisa alheia
8.1.1 Regras gerais e características dos direitos reais de garantia sobre coisa alheia
8.1.2 Dos requisitos subjetivos, objetivos e formais dos direitos reais de garantia
8.1.3 A vedação do pacto comissório real
8.1.4 Direitos reais de garantia e vencimento antecipado da dívida
8.2 Do penhor
8.2.1 Conceito, partes e constituição
8.2.2 Dos direitos e deveres do credor pignoratício
8.2.3 Das modalidades de penhor
8.2.3.1 Do penhor legal
8.2.3.2 Do penhor convencional especial rural
8.2.3.3 Do penhor convencional especial industrial e mercantil
8.2.3.4 Do penhor convencional especial de direitos e títulos de crédito
8.2.3.5 Do penhor convencional especial de veículos
8.2.4 Da extinção do penhor
8.3 Da hipoteca
8.3.1 Conceito, partes e Constituição
8.3.2 Bens que podem ser hipotecados
8.3.3 Das modalidades de hipoteca
8.3.3.1 Da hipoteca convencional
8.3.3.2 Da hipoteca legal

8.3.3.3 Da hipoteca cedular
8.3.3.4 Da hipoteca judicial
8.3.4 Da possibilidade de alienação do bem hipotecado e suas consequências. Da sub-hipoteca
8.3.5 Da remição da hipoteca
8.3.5.1 A remição da hipoteca pelo adquirente do imóvel
8.3.5.2 A remição da hipoteca pelo executado ou seus parentes
8.3.5.3 Remição da hipoteca no caso de falência ou insolvência do devedor hipotecário
8.3.6 Da perempção da hipoteca convencional
8.3.7 Da possibilidade de hipoteca sobre dívida futura ou condicional
8.3.8 Da divisão ou fracionamento da hipoteca
8.3.9 Da extinção da hipoteca
8.4 Da anticrese
8.4.1 Conceito, partes e estrutura
8.4.2 Regras fundamentais da anticrese
Resumo esquemático
Questões correlatas
Gabarito
9. A ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA
9.1 Introdução. A propriedade fiduciária. Conceito, evolução legislativa e natureza jurídica
9.2 Regras da propriedade fiduciária no Código Civil de 2002
9.3 A alienação fiduciária de bens móveis. Regras previstas no Decreto-Lei 911/1969. A questão da prisão civil do devedor fiduciante
9.4 A alienação fiduciária em garantia de bens imóveis. Regras previstas na Lei 9.514/1997
Resumo esquemático
Questões correlatas
Gabarito
BIBLIOGRAFIA

1

INTRODUÇÃO AO DIREITO DAS COISAS

Conceitos iniciais

Sumário: 1.1 Conceito de direito das coisas. A questão terminológica – 1.2 Conceito de direitos reais. Teorias justificadoras e caracteres. Análise preliminar do art. 1.225 do CC – 1.3 Diferenças entre os direitos reais e os direitos pessoais patrimoniais – 1.4 O direito das coisas e a Constituição Federal. Primeiras noções a respeito da função social da propriedade – Resumo esquemático – Questões correlatas – Gabarito.

1.1 CONCEITO DE DIREITO DAS COISAS. A QUESTÃO TERMINOLÓGICA

É notória e conhecida a classificação dos direitos patrimoniais em direitos pessoais e direitos reais. Essa classificação é confirmada por uma análise sistemática do Código Civil de 2002, a exemplo do que acontecia com o seu antecessor.

Os direitos patrimoniais pessoais estão disciplinados no Código Civil pelo tratamento dado ao Direito das Obrigações (arts. 233 a 420 e arts. 854 a 965), ao Direito Contratual (arts. 421 a 853) e ao Direito de Empresa (arts. 966 a 1.195). Também há regras pessoais patrimoniais nos livros dedicados ao Direito de Família e ao Direito das Sucessões. Por outra via, os direitos patrimoniais de natureza real estão previstos entre os arts. 1.196 e 1.510, no livro denominado "Do Direito das Coisas" (Livro III).

A expressão *Direito das Coisas* sempre gerou dúvidas do ponto de vista teórico e metodológico, principalmente quando confrontada com o termo *Direitos Reais*. Muito didaticamente, pode-se afirmar que o Direito das Coisas é o ramo do Direito Civil que tem como conteúdo relações jurídicas estabelecidas entre pessoas e coisas determinadas, ou mesmo determináveis. Como coisas pode-se entender tudo aquilo que não é humano, conforme exposto no Volume 1 da presente coleção (TARTUCE, Flávio. *Direito civil*..., 2014, v. 1). Pode-se, ainda, entender que o termo significa *bens corpóreos* ou tangíveis, na linha da polêmica doutrinária existente em relação à terminologia. Segue-se a clássica conceituação de Clóvis Beviláqua citada, entre outros, por Carlos Roberto Gonçalves, para quem o Direito das Coisas representa um complexo de normas que regulamenta as relações dominiais existentes entre a pessoa humana e coisas apropriáveis (GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*..., 2010, v. 5, p. 19).

Na mesma linha de pensamento a respeito do conceito de Direito das Coisas, cumpre transcrever as palavras de Luciano de Camargo Penteado:

> "O *Direito das Coisas* é, assim, para sumarizar, uma parte ou um ramo do Direito que disciplina (isto é, que confere uma normativa,

uma estruturação deontológica), um particular dado fenomênico: o contato da pessoa humana com as coisas, principalmente aquelas de caráter material. Sabe-se, entretanto, que este contato interessa ao direito na medida em que desencadeia e projeta consequências para além do mero contato sujeito/objeto em sua singularidade. Há relevância jurídica do processo apropriatório de alguém em relação a alguma coisa na medida em que há ou pode haver repercussões dessa prática na posição ou situação jurídica de outros indivíduos que sejam estritamente derivadas deste processo" (PENTEADO, Luciano de Camargo. *Direito das coisas*..., 2008, p. 40).

Em suma, deve-se ter em mente que no Direito das Coisas há uma relação de domínio exercida pela pessoa (sujeito ativo) sobre a coisa. Não há um sujeito passivo determinado, sendo este toda a coletividade (*sujeito passivo universal*).

Na vigência do Código Civil de 1916, expunha Clóvis Beviláqua que "O Direito das coisas constitui o segundo livro da Parte especial do Código Civil Brasileiro. Comprehende: a posse, a propriedade, os seus desmembramentos e modificações, inclusive a propriedade literária, scientífica e artística. Em doutrina, é esse mesmo o conteúdo do direito das coisas, salvo quanto ao direito autoral, que o nosso Código denominou propriedade literária, scientífica e artística, sem attender à evolução desse complexo de normas, que estava a reclamar outra designação mais conforme a natureza das relações jurídicas a disciplinar, segundo se verá em logar opportuno" (*Direito das coisas*..., 2003, v. 1, p. 10).

Levando-se em conta o Código Civil de 2002, não há previsão para a propriedade literária, cultural e artística, que se encontra regulamentada pela Lei 9.610/1998, norma disciplinadora dos direitos patrimoniais e morais do autor. O que se observa, portanto, é que o atual Código Civil continua tratando da propriedade sobre bens corpóreos, conceituados por alguns juristas como sendo *coisas*, caso de Washington de Barros Monteiro e Orlando Gomes. Quanto aos direitos de autor, de fato, é melhor considerá-los como direitos pessoais de personalidade, conforme ainda será exposto na presente obra, quando do estudo da propriedade.

Da obra do primeiro autor, entre os dois últimos citados, devidamente atualizada por Carlos Alberto Dabus Maluf, retira-se que:

"O Título do Livro II do Código Civil de 1916, Do Direito das Coisas, vinha sofrendo pesadas críticas da atual doutrina, não se coadunando com a amplitude do próprio Livro que regulava todos os direitos reais e a posse, considerada como um fato socioeconômico potestativo, não como um direito real. Importante observar que a palavra 'coisas' diz respeito apenas a uma espécie de 'bens' (gênero) da vida, não sendo, em razão disso, de boa técnica jurídica continuar dando a um dos Livros do Código Civil de 2002 o título de direito das 'coisas', uma vez que ele é mais amplo, pois regula relações fáticas e jurídicas entre sujeitos e os bens da vida suscetíveis de posse e direitos reais. Assim, e considerando que o Código Civil de 2002 prima por conferir melhor terminologia aos institutos jurídicos, títulos, capítulos e seções, teria sido de boa técnica que o Livro III tivesse a denominação adequada: Da Posse e dos Direitos Reais" (Monteiro, Washington de Barros. *Curso*..., 2003, p. 2).

Seguindo esses ideais, há proposta de alteração da denominação desse livro do Código Civil, pelo Projeto de Lei 699/2011, antigo Projeto de Lei 6.960/2002, originalmente elaborado pelo Deputado Ricardo Fiuza. A proposta tem origem no trabalho de Joel Dias Figueira Jr. (*Código Civil*..., 2004, p. 1.093).

Em verdade, as críticas apontadas por Washington de Barros Monteiro não procedem, pelo menos em parte. Isso porque é possível solucioná-la pela ideia seguida, entre outros, por Silvio Rodrigues, para quem *coisas* é expressão gênero, a abranger tudo aquilo que não é humano; enquanto que os *bens* são coisas com interesse jurídico e/ou econômico, ou seja, constituem espécie (RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*..., 1994, p. 110). Por essa distinção conceitual, é correta a expressão utilizada

pelo atual Código Civil: *Direito das Coisas*. Deve-se apenas fazer a ressalva a respeito dos direitos de autor, que têm por objeto bens incorpóreos, devendo ser tratados como direitos de personalidade e não como propriedade, em seu sentido amplo.

De qualquer forma, surge a dúvida, pela leitura das capas dos manuais de Direito Civil: qual a expressão correta a utilizar, *Direito das Coisas* ou *Direitos Reais*?

No Direito Português, esclarece José de Oliveira Ascensão que "Não basta conhecer a gênese da expressão *Direitos Reais*; cumpre averiguar se a terminologia é adequada. Na Alemanha, usa-se a designação *Sachenrecht*, traduzindo literalmente, Direito das Coisas. É esta também a aplicada no Brasil ao nosso ramo e a preferida pelo Novo Código Civil. A doutrina nacional fala, porém, predominantemente, em Direitos Reais, de harmonia com a epígrafe mantida por sucessivas reformas à disciplina universitária" (*Direitos reais*..., 2000, p. 16). Mais à frente, aponta o professor da Universidade de Lisboa que a expressão "Direito das Coisas parece mais adequada para designar aquele conjunto de regras que traçam o estatuto jurídico das coisas", estatuto esse previsto na Parte Geral do Código Civil. Por isso é que prefere o doutrinador português a expressão *Direitos Reais*, pois tem como estudo um ramo do direito objetivo, "e não unicamente de uma categoria de direitos subjectivos".

De qualquer forma, Ascensão apresenta também o inconveniente de utilizar a última terminologia, eis que "se é muito adequada para descrever esta segunda realidade, não consegue englobar a primeira. Esta deficiência torna-se flagrante se confrontarmos com as designações dos restantes ramos do Direito Civil: Direito das Obrigações, Direito da Família, Direito das Sucessões. Por isto, quando se usa a expressão Direitos Reais para designar um ramo do direito objectivo, é forçoso reconhecer-lhe também um sentido meramente convencional" (*Direitos reais*..., 2000, p. 18). Em suma, para o jurista, tanto uma quanto outra expressão não são absolutamente corretas, do ponto de vista técnico.

Pois bem, na doutrina brasileira, utilizam o termo *Direitos Reais*: Caio Mário da Silva Pereira, Orlando Gomes, Sílvio de Salvo Venosa, Marco Aurélio S. Viana, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald. *Direito das Coisas* é usado por Lafayette Rodrigues Pereira (o famoso Conselheiro Lafayette), Clóvis Beviláqua, Silvio Rodrigues, Washington de Barros Monteiro, Maria Helena Diniz, Arnaldo Rizzardo, Carlos Roberto Gonçalves, Marco Aurélio Bezerra de Melo e Luciano de Camargo Penteado.

Este autor prefere a última expressão, por ter sido a opção metodológica do Código Civil de 2002. Ademais, é preciso ressaltar que o atual Código traz ainda o tratamento da posse, que não representa um direito real propriamente dito. Quanto à questão dos direitos subjetivos, também estudados neste livro, parece incomodar menos do que a opção didática feita pela comissão elaboradora da atual codificação privada. Por isso é que consta a expressão *Direito das Coisas* na capa do presente trabalho. Superada essa questão terminológica, passa-se ao estudo técnico preliminar do conteúdo dos Direitos Reais.

1.2 CONCEITO DE DIREITOS REAIS. TEORIAS JUSTIFICADORAS E CARACTERES. ANÁLISE PRELIMINAR DO ART. 1.225 DO CC

A partir das lições dos doutrinadores clássicos e contemporâneos aqui utilizados como referência,

pode-se conceituar os Direitos Reais como sendo as relações jurídicas estabelecidas entre pessoas e coisas determinadas ou determináveis, tendo como fundamento principal o conceito de propriedade, seja ela plena ou restrita. A diferença substancial em relação ao Direito das Coisas é que este constitui um ramo do Direito Civil, um campo metodológico. Já os Direitos Reais constituem as relações jurídicas em si, em cunho subjetivo.

No tocante aos Direitos Reais, da obra clássica de Orlando Gomes, devidamente atualizada por Luiz Edson Fachin, podem ser retiradas duas teorias justificadoras (*Direitos reais*..., 2004, p. 10-17), a saber:

> a) *Teoria personalista* – teoria pela qual os direitos reais são relações jurídicas estabelecidas entre pessoas, mas intermediadas por coisas. Segundo Orlando Gomes, "a diferença está no sujeito passivo. Enquanto no direito pessoal, esse sujeito passivo – o devedor – é pessoa certa e determinada, no direito real seria indeterminada, havendo nesse caso uma obrigação passiva universal, a de respeitar o direito – obrigação que se concretiza toda vez que alguém o viola" (GOMES, Orlando. *Direitos reais*..., 2004, p. 12-17). O que se percebe, portanto, é que essa teoria nega realidade metodológica aos Direitos Reais e ao Direito das Coisas, entendidas as expressões como extensões de um campo metodológico.
>
> b) *Teoria realista ou clássica* – o direito real constitui um poder imediato que a pessoa exerce sobre a coisa, com eficácia contra todos (*erga omnes*). Assim, o direito real opõe-se ao direito pessoal, pois o último traz uma relação pessoa-pessoa, exigindo-se determinados comportamentos.

Entre as duas teorias justificadoras, parecem ter razão os defensores da *teoria clássica* ou *realista*. Como ensina o próprio Orlando Gomes, "o retorno à doutrina clássica está ocorrendo à luz de novos esclarecimentos provindos da análise mais aprofundada da estrutura dos direitos reais. Os partidários dessa doutrina preocupavam-se apenas com as manifestações externas desses direitos, particularmente com as consequências da oponibilidade *erga omnes*, objetivadas pela sequela. Voltam-se os autores modernos para a estrutura interna do direito real, salientando que o poder de utilização da coisa, sem intermediário, é o que caracteriza os direitos reais" (*Direitos reais*..., 2004, p. 15).

Mesmo com a adesão momentânea à *teoria realista*, é preciso apontar que há forte tendência de *contratualização do Direito Privado*, ou seja, o contrato vem ganhando campos que antes não eram de sua abrangência. Por isso, ousa-se afirmar que todos os institutos negociais de Direito Civil seriam contratos, pela forte influência exercida pelo princípio da autonomia privada. Diante dessa influência, Luciano de Camargo Penteado discorre sobre a existência de *Contratos de Direito das Coisas*. São suas palavras:

> "Todo contrato gera obrigação para, ao menos, uma das partes contratantes. Entretanto, nem todo o contrato rege-se, apenas, pelo direito das obrigações. Existem contratos de direito de empresa, contratos de direito obrigacional, contratos de direito das coisas, contratos de direito de família. No sistema brasileiro, não existem contratos de direito das sucessões, por conta da vedação do art. 426 do CC, o que significa que, *de lege ferenda*, não se possa introduzir, no direito positivo, a figura, doutrinariamente admitida e utilizada na praxe de alguns países, como é o caso da Alemanha. Interessante proposição teórica seria, em acréscimo, postular a existência de contratos da parte geral, como parece ser o caso do ato que origina a associação, no atual sistema do Código Civil" (PENTEADO, Luciano de Camargo. *Efeitos contratuais*..., 2007, p. 89).

A contemporaneidade demonstra que o futuro é de uma *contratualização de todo o direito*, um *neocontratualismo*, tese defendida há tempos por Norberto Bobbio, Giulliano Pontara e Salvatore Veca (*Crise*..., 1984). Entre os portugueses, Rui Alarcão demonstra a tendência, ao discorrer sobre a necessidade de *menos leis, melhores leis* (Menos leis..., *Revista Brasileira*..., 2009). Para o jurista de Coimbra, "se está assistindo a um recuso do 'direito estadual ou estatal', e se fala mesmo em

‘direito negociado’, embora se deva advertir que aquele recuo a esta negociação comportam perigos, relativamente aos quais importa estar prevenido e encontrar respostas, não avulsas mas institucionais. Como quer que seja, uma coisa se afigura certa: a necessidade de novos modelos de realização do Direito, incluindo modelos alternativos de realização jurisdicional e onde haverá certamente lugar destacado para paradigmas contratuais e para mecanismos de natureza ou de recorte contratual, que têm, de resto, tradição jurídico-política, precursora de dimensões modernas ou pós-modernas” (Menos leis..., *Revista Brasileira*..., 2009). E arremata, sustentando que tem ganhado força a contratualização sociopolítica, para que exista uma sociedade mais consensual do que autoritária ou conflituosa (Menos leis..., *Revista Brasileira*..., 2009). Em suma, a construção de contrato serve não só para as partes envolvidas, mas para toda a sociedade. O contrato rompe suas barreiras iniciais, não tendo limites de incidência.

De qualquer forma, ainda é cedo para confirmar essa tendência de *contratualização do direito privado* – ou até de todo o direito –, principalmente no Brasil, o que colocaria em xeque a divisão metodológica que na presente obra se propõe. Mas, para o futuro, deveras, a *contratualização do Direito Civil* é a tendência. É importante frisar, contudo, que esse *contrato* é diverso do seu conteúdo clássico, pois também enfoca questões existenciais, além das patrimoniais. Além disso, a vontade perde o papel relevante que exercia, substituída por uma intervenção legal e estatal (*dirigismo negocial* ou *contratual*). Para o estudo do conceito clássico e do conceito contemporâneo de contrato, recomenda-se a leitura do primeiro capítulo do Volume 3 da presente coleção.

Pois bem, os direitos reais giram em torno do conceito de propriedade, e, como tal, apresentam caracteres próprios que os distinguem dos direitos pessoais de cunho patrimonial. A partir da doutrina contemporânea de Maria Helena Diniz, podem ser apontadas as seguintes características dos direitos reais (*Curso*..., 2007, v. 4, p. 20):

a) Oponibilidade *erga omnes*, ou seja, contra todos os membros da coletividade.

b) Existência de um direito de sequela, uma vez que os direitos reais aderem ou *colam* na coisa.

c) Previsão de um direito de preferência a favor do titular de um direito real, como é comum nos direitos reais de garantia sobre coisa alheia (penhor e hipoteca).

d) Possibilidade de abandono dos direitos reais, isto é, de renúncia a tais direitos.

e) Viabilidade de incorporação da coisa por meio da posse, de um domínio fático.

f) Previsão da usucapião como um dos meios de sua aquisição. Vale dizer que a usucapião não atinge somente a propriedade, mas também outros direitos reais, caso das servidões (art. 1.379 do CC).

g) Suposta obediência a um rol taxativo (*numerus clausus*) de institutos, previstos em lei, o que consagra o *princípio da taxatividade ou tipicidade dos direitos reais*. Todavia, como se quer demonstrar, essa obediência vem sendo contestada.

h) Regência pelo *princípio da publicidade dos atos*, o que se dá pela entrega da coisa ou tradição (no caso de bens móveis) e pelo registro (no caso de bens imóveis).

Analisadas, em termos gerais, tais características, é preciso aqui aprofundar o assunto, diante da atual realidade do Direito Privado Brasileiro, partindo-se principalmente de uma interpretação sistemática.

Primeiramente, é comum afirmar que os direitos reais são *absolutos*, no sentido de que trazem efeitos contra todos (*princípio do absolutismo*). Todavia, como fazem Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, é preciso esclarecer que esse absolutismo não significa dizer que os direitos reais geram um “poder ilimitado de seus titulares sobre os bens que se submetem a sua autoridade.

Como qualquer outro direito fundamental o ordenamento jurídico o submete a uma ponderação de valores, eis que em um Estado Democrático de Direito marcado pela pluralidade, não há espaço para dogmas" (*Direitos reais*..., 2006, p. 3). Têm plena razão os doutrinadores citados, sendo o pluralismo um dos aspectos do Direito Civil Contemporâneo, da realidade pós-moderna.

É notório que mesmo os direitos da personalidade, aqueles que protegem a pessoa humana e a sua dignidade, podem e devem ser relativizados em algumas situações, principalmente se encontrarem pela frente outros direitos de mesma estirpe. Em situações tais, deve-se procurar utilizar a *técnica de ponderação*, muito bem desenvolvida, no Direito Alemão, por Robert Alexy (*Teoria*..., 2008). A partir dessa ideia, no Brasil, na *IV Jornada de Direito Civil*, foi aprovado o Enunciado n. 274, prevendo que:

> "Os direitos da personalidade, regulados de maneira não exaustiva pelo Código Civil, são expressões da cláusula geral de tutela da pessoa humana, contida no art. 1.º, III, da Constituição (princípio da dignidade da pessoa humana). Em caso de colisão entre eles, como nenhum pode sobrelevar os demais, deve-se aplicar a técnica da ponderação".

Ora, se essa mitigação atinge até os direitos da personalidade, tidos como *fundamentais por sua posição constitucional*, o que dizer então dos direitos reais, uma vez que existem claras restrições previstas em lei, sendo a mais invocada a função social da propriedade, prevista no art. 5.º, XXIII, da Constituição Federal de 1998? De forma clara é possível a relativização, sopesando-se o melhor caminho de acordo com o caso concreto.

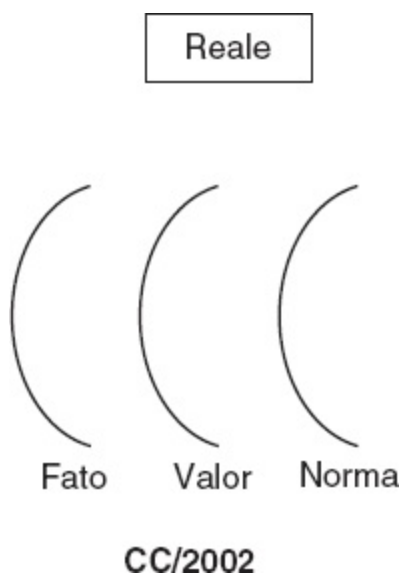
No tocante à existência de um rol taxativo, ou *numerus clausus*, quanto aos direitos reais, também vem se insurgindo a civilística contemporânea. Para a análise da questão, é importante transcrever a atual redação do art. 1.225 do CC/2002:

> "Art. 1.225. São direitos reais:
> I – a propriedade;
> II – a superfície;
> III – as servidões;
> IV – o usufruto;
> V – o uso;
> VI – a habitação;
> VII – o direito do promitente comprador do imóvel;
> VIII – o penhor;
> IX – a hipoteca;
> X – a anticrese;
> XI – a concessão de uso especial para fins de moradia; (Incluído pela Lei 11.481/2007)
> XII – a concessão de direito real de uso. (Incluído pela Lei 11.481/2007)".

Preliminarmente, percebe-se que a recente Lei 11.481, de 31 de maio de 2007, introduziu duas novas categorias de direitos reais sobre coisa alheia, quais sejam a concessão de uso especial para fins de moradia e a concessão de direito real de uso, que podem ser objeto de hipoteca, conforme a nova redação que foi dada ao art. 1.473 do CC/2002. Mais à frente, no presente trabalho, serão investigados esses novos institutos criados pela recente alteração legislativa.

A autonomia privada, conceituada como o direito que a pessoa tem de regulamentar os próprios

interesses, é tida como um dos principais regramentos do Direito Civil Contemporâneo. A influência da autonomia privada para o Direito das Coisas, assim, pode trazer a conclusão de que o rol constante do art. 1.225 do atual Código Civil não é taxativo (*numerus clausus*), mas exemplificativo (*numerus apertus*), havendo uma quebra parcial do princípio da taxatividade ou tipicidade dos direitos reais (sobre o tema, confira-se: GONDINHO, André Pinto da Rocha Osório. *Direitos reais*..., 2001, e NEVES, Gustavo Kloh Müller. O princípio..., *Princípios*..., 2006, p. 413). A recente alteração legislativa acaba por confirmar o entendimento de que a relação constante do art. 1.225 do CC/2002 é aberta, pela possibilidade de surgimento de novos direitos reais, por novas leis emergentes.

Analisando o próprio *espírito* da atual codificação privada, fica realmente difícil concluir que as relações constantes da lei são fechadas. Isso porque o atual Código, inspirado ideologicamente no trabalho doutrinário de Miguel Reale, traz um sistema aberto, de cláusulas gerais, que fundamenta o *princípio da operabilidade*, na busca de um Direito Civil mais concreto e efetivo. Como mencionado no Capítulo 2 do Volume 1 desta coleção, a *ontognoseologia jurídica* de Reale ampara o Direito em três subsistemas: o dos fatos, o das normas e o dos valores. O desenho a seguir denota a existência dessa realidade:

Seguindo em parte esse entendimento, ensinam Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald que "a rigidez na elaboração de tipos não é absoluta. Nada impede que o princípio da autonomia privada possa, no âmbito do conteúdo de cada direito real, ainda que em pequena escala, intervir para a afirmação de diferentes modelos jurídicos, com base nos espaços consentidos em lei. Desde que não exista lesão a normas de ordem pública, os privados podem atuar dentro dos tipos legais, utilizando a sua vontade criadora para inovar no território concedido pelo sistema jurídico, modificando o conteúdo dos direitos reais afirmados pela norma. Como exemplo, podemos citar a multipropriedade – tanto resultante da fusão da propriedade individual e coletiva nas convenções de condomínio, como aquela tratada na propriedade de *shopping center*, de *flat* ou *time sharing*" (*Direitos reais*..., 2006, p. 12).

Merece destaque o que é mencionado quanto à ofensa à ordem pública. Por certo é que o surgimento dos novos direitos reais encontra limites em normas cogentes, caso daquelas que consagram a função social da propriedade (art. 5.º, XXII e XXIII, da CF/1988 e art. 1.228, § 1.º, do

CC/2002).

Pois bem, em reforço ao que ilustram os doutrinadores citados, outro exemplo a ser mencionado é o da alienação fiduciária em garantia, que, como modalidade de propriedade resolúvel, se enquadraria no inciso I do art. 1.225 do CC/2002. Todavia, na literalidade da norma, a alienação fiduciária em garantia não consta do art. 1.225 do Código Privado.

Como outra ilustração, a Lei 11.977/2009, que dispõe sobre o *Programa Minha Casa Minha Vida*, trata em seu art. 59 da *legitimação da posse* que, devidamente registrada no Cartório de Registro de Imóveis, constitui *direito* em favor do detentor da posse direta para fins de moradia. Tal instituto será concedido aos moradores cadastrados pelo poder público, desde que: *a)* não sejam concessionários, foreiros ou proprietários de outro imóvel urbano ou rural; e *b)* não sejam beneficiários de legitimação de posse concedida anteriormente. Reconhecido o instituto como um direito real, como realmente parece ser, verifica-se que ele amplia o rol do art. 1.225 do CC/2002.

Não se olvide que a legitimação da posse já era tratada com relevo no âmbito do Direito Agrário, tendo sido criada pela Lei de Terras (Lei 601/1850) e regulamentada pela Lei 6.383/1976 (art. 29). Nessa perspectiva, leciona o agrarista Benedito Ferreira Marques que "tem-se que se trata de instituto tipicamente brasileiro, cujos fundamentos jurídicos têm merecido, até aqui, a mais acurada análise dos estudiosos, posto que, a partir de sua criação, vem atravessando os tempos, chegando a merecer guarida nos próprios textos constitucionais republicanos e na legislação margeante. O seu conceito decorre do próprio dispositivo que o concebeu e consagrou, por isso que L. Lima Stefanini assim a definiu: 'é a exaração de ato administrativo, através do qual o Poder Público reconhece ao particular que trabalhava na terra a sua condição de legitimidade, outorgando, *ipso facto*, o formal domínio pleno'" (MARQUES, Benedito Ferreira. *Direito*..., 2011, p. 87).

Reconhecendo a existência fática de título possessório antes da legitimação da posse pela Lei Minha Casa Minha Vida, na *VI Jornada de Direito Civil*, realizada no ano de 2013, aprovou-se o Enunciado n. 563, com a seguinte redação: "O reconhecimento da posse por parte do Poder Público competente anterior à sua legitimação nos termos da Lei n. 11.977/2009 constitui título possessório". Conforme as suas justificativas, "No âmbito do procedimento previsto na Lei n. 11.977/2009, verifica-se que o Poder Público municipal, ao efetuar cadastramento dos possuidores no momento da demarcação urbanística, emite documento público que atesta a situação possessória ali existente. Tal reconhecimento configura título possessório, ainda que anterior à legitimação da posse". O enunciado está fundamentado na função social da posse, a ser estudada no próximo capítulo deste livro, contando com pleno apoio deste autor.

Feitas tais considerações, é viável afirmar que leis extravagantes podem criar novos direitos reais, sem a sua descrição expressa no dispositivo civil. O que propõem os civilistas da atual geração, portanto, é uma quebra do *princípio da taxatividade*, desde que se trabalhe dentro dos limites da lei, que pode até criar novos direitos reais, além daqueles previstos no art. 1.225 da atual codificação. Em suma, não haveria *taxatividade* estrita dentro do rol mencionado, devendo ser observada apenas a *tipicidade* em lei. O desafio futuro diz respeito à possibilidade de criação de novos direitos reais também pela autonomia privada, quebrando-se também a tipicidade.

Assim, a exemplo do que ocorre com os contratos, pela forte influência da autonomia privada, é possível concluir pela possibilidade de criação de novos Direitos Reais, diante da constatação de que a lei não consegue e não pode acompanhar o imaginativo do ser humano. Ora, se o art. 425 do

CC/2002 possibilita a criação de contratos atípicos, dando *concretude* ao sistema privado, deve-se também pensar na possibilidade de criação de *direitos reais atípicos*, operacionalizando e funcionalizando os institutos de Direito das Coisas. Como se sabe, e isto chegou a ser apontado por Norberto Bobbio, *a estrutura rígida do sistema foi substituída pela funcionalização dos institutos* (*Da estrutura*..., 2007).

Essa parece ser a tendência, para o futuro, apesar de ser o entendimento ainda minoritário, principalmente levando-se em conta a doutrina clássica, que acredita ser o rol de direitos reais uma relação taxativa (*numerus clausus*) e não exemplificativa (*numerus apertus*). Aliás, seguindo essa visão clássica, pelo rol taxativo, podem ser mencionados Caio Mário da Silva Pereira (*Instituições*..., 2004, v. IV, p. 8), Orlando Gomes (*Direitos reais*..., 2006, p. 21) e Maria Helena Diniz (*Curso*..., 2007, v. 4, p. 20).

De todo modo, insta verificar que, entre os clássicos, Washington de Barros Monteiro sempre foi favorável ao reconhecimento de que o rol dos direitos reais previsto na lei geral privada seria exemplificativo. Segundo as suas palavras: "outros direitos reais poderão ser ainda criados pelo legislador ou pelas próprias partes, desde que não contrariem princípios de ordem pública. Vários autores sustentam esse ponto de vista. Realmente, texto algum proíbe, explícita ou implicitamente, a criação de novos direitos reais, ou a modificação dos direitos reais já existentes" (MONTEIRO, Washington de Barros; MALUF, Carlos Alberto Dabus, *Curso*..., 39. ed., 2009, v. 3, p. 12). Como se nota, mesmo entre os doutrinadores mais antigos, o tema era amplamente debatido, inclusive no tocante à força da autonomia privada para a geração de novos direitos reais.

Superada a análise preliminar do importante art. 1.225 do CC/2002, passa-se a diferenciar, pontualmente, os direitos reais dos direitos pessoais de caráter patrimonial.

1.3 DIFERENÇAS ENTRE OS DIREITOS REAIS E OS DIREITOS PESSOAIS PATRIMONIAIS

Exposta a visão estrutural do tema, é possível demonstrar as diferenças básicas que afastam os direitos reais dos direitos pessoais de cunho patrimonial. Para os últimos, serão utilizados como parâmetro os direitos obrigacionais contratuais.

Primeiramente, levando-se em conta a *teoria realista*, os direitos reais têm como conteúdo relações jurídicas estabelecidas entre pessoas e coisas, relações estas que podem até ser diretas, sem qualquer intermediação por outra pessoa, como ocorre nas formas originárias de aquisição da propriedade, cujo exemplo típico é a usucapião. Portanto, o objeto da relação jurídica é a coisa em si. Por outra via, nos direitos pessoais de cunho patrimonial há como conteúdo relações jurídicas estabelecidas entre duas ou mais pessoas, sendo o objeto ou conteúdo imediato a prestação.

Nos direitos reais existe apenas um sujeito ativo determinado, sendo sujeitos passivos toda a coletividade. Nos direitos pessoais há, em regra, um sujeito ativo, que tem um direito (credor); e um sujeito passivo, que tem um dever obrigacional (devedor). Contudo, vale dizer que, entre os últimos, têm prevalecido *relações jurídicas complexas*, em que as partes são credoras e devedoras entre si (*sinalagma obrigacional*).

A segunda diferença entre os institutos refere-se ao primeiro princípio regulamentador. Enquanto

os direitos reais sofrem a incidência marcante do *princípio da publicidade ou da visibilidade*, diante da importância da tradição e do registro – principais formas derivadas de aquisição da propriedade –, os direitos pessoais de cunho patrimonial são influenciados pelo *princípio da autonomia privada*, de onde surgem os contratos e as obrigações nas relações intersubjetivas. Todavia, conforme aduzido, cresce a importância da autonomia privada também para o Direito das Coisas, particularmente pela tendência de *contratualização do Direito Privado*.

Como terceiro ponto diferenciador, os direitos reais têm eficácia *erga omnes*, contra todos (*princípio do absolutismo*). Tradicionalmente, costuma-se afirmar que os direitos pessoais patrimoniais, caso dos contratos, têm efeitos *inter partes*, o que é consagração da antiga regra *res inter alios* e do princípio da relatividade dos efeitos contratuais. Entretanto, conforme exposto no Volume 3 da presente coleção, há uma forte tendência de se apontar a eficácia dos contratos perante terceiros e a tutela externa do crédito, como precursores da *eficácia externa da função social dos contratos*, temas tão bem explorados por Luciano de Camargo Penteado (*Efeitos*..., 2007).

Nesse sentido, na *I Jornada de Direito Civil*, aprovou-se o Enunciado n. 21, prevendo que a função social dos contratos, prevista no art. 421 do CC/2002, traz a revisão do princípio da relatividade dos efeitos contratuais, possibilitando a *tutela externa do crédito*. A título de exemplo, enuncia o art. 608 do atual Código Civil que aquele que aliciar pessoas obrigadas em contrato escrito a prestar serviços a outrem, pagará a este o correspondente a dois anos de prestação de serviços. Assim sendo, o aliciador – tido como um *terceiro cúmplice* –, que desrespeita a existência do contrato e sua função social, pode responder perante uma parte obrigacional, o que denota que os negócios jurídicos de cunho pessoal patrimonial também atingem terceiros.

Ademais, é preciso verificar que, em alguns casos, a jurisprudência tem reconhecido que mesmo os direitos reais devem ter os efeitos restringidos. Estabelece a Súmula 308 do Superior Tribunal de Justiça que "A hipoteca firmada entre a construtora e o agente financeiro, anterior ou posterior à celebração da promessa de compra e venda, não tem eficácia perante os adquirentes do imóvel". Trata-se de súmula com relevante enfoque sociológico.

Ora, sabe-se que a hipoteca é um direito real de garantia sobre coisa alheia, que recai principalmente sobre bens imóveis, tratada entre os arts. 1.473 a 1.505 do atual Código Civil. Um dos principais efeitos da hipoteca é a constituição de um vínculo real, que acompanha a coisa (art. 1.419). Esse vínculo real (*direito de sequela*) tem efeitos *erga omnes*, dando direito de excussão ao credor hipotecário, contra quem esteja o bem (art. 1.422).

Exemplificando, se um imóvel é garantido pela hipoteca, é possível que o credor reivindique o bem contra terceiro adquirente da coisa. Assim, não importa se o bem foi transferido a terceiro; este também o perderá, mesmo que o tenha adquirido de boa-fé.

A constituição da hipoteca é muito comum em contratos de construção e incorporação imobiliária, visando a um futuro condomínio edilício. Como muitas vezes o construtor não tem condições econômicas para levar adiante a sua obra, celebra um contrato de empréstimo de dinheiro com um terceiro (agente financeiro ou agente financiador), oferecendo o próprio imóvel como garantia, o que inclui todas as suas unidades do futuro condomínio.

Iniciada a obra, o incorporador começa a vender, celebrando compromissos de compra e venda, as unidades para terceiros, que no caso são consumidores, pois é evidente a caracterização da relação

de consumo, nos moldes dos arts. 2.º e 3.º da Lei 8.078/1990. Diante da força obrigatória que ainda rege os contratos (*pacta sunt servanda*), espera-se que o incorporador cumpra com todas as suas obrigações perante o agente financiador, pagando pontualmente as parcelas do financiamento. Ocorrendo desse modo, não haverá maiores problemas.

Entretanto, infelizmente, nem sempre isso ocorre. Em casos tais, quem acabará perdendo o imóvel, adquirido a tão duras penas? O consumidor, diante do *direito de sequela* advindo da hipoteca.

A referida súmula do Superior Tribunal de Justiça visa justamente a proteger o consumidor adquirente do imóvel, restringindo os efeitos da hipoteca às partes contratantes. Isso diante da boa-fé objetiva, eis que aquele que adquiriu o bem pagou pontualmente as suas parcelas perante a incorporadora, ignorando toda a sistemática jurídica que rege a incorporação imobiliária.

Presente a boa-fé do adquirente, por essa pontualidade negocial, não poderá ser responsabilizado o consumidor pela conduta da incorporadora, que acaba não repassando o dinheiro ao agente financiador. Fica claro, pelo teor da súmula, que a boa-fé objetiva envolve ordem pública, pois caso contrário não seria possível a restrição do direito real. Em poucas palavras, a *boa-fé objetiva, atualmente, vence até a hipoteca*.

Sem prejuízo dessa conclusão, compreendo que a Súmula 308 do Superior Tribunal de Justiça ainda mantém relação com o princípio da função social dos contratos, pois tem o escopo de preservar os efeitos do contrato de compra e venda do imóvel a favor do consumidor, parte economicamente mais fraca da relação negocial. Por essa simples razão, já mereceria o apoio deste autor. Mas a súmula tenciona também a proteger o direito à moradia, assegurado constitucionalmente no art. 6.º, *caput*, da Carta Política de 1988. Reforçando, tende-se a preservar o negócio jurídico diante do princípio da conservação negocial, inerente à concepção social do contrato.

Percebe-se que a eticidade e a socialidade acabam fazendo *milagres* no campo prático, relativizando o rigor formal da concepção dos direitos reais em prol da proteção do vulnerável contratual, daquele que sempre agiu conforme a boa-fé. Em conclusão, pode-se afirmar que a eficácia *contra todos* dos direitos reais não é tão forte assim. No tocante aos efeitos dos direitos reais e dos direitos pessoais patrimoniais, portanto, pode-se dizer que há uma aproximação teórica e prática.

Como quarta diferença entre os institutos, enquanto nos direitos reais, o rol é supostamente taxativo (art. 1.225 do CC/2002), de acordo com o entendimento ainda majoritário de aplicação do *princípio da taxatividade*; nos direitos pessoais patrimoniais, o rol é exemplificativo, o que pode ser retirado do art. 425 do CC, pela licitude de criação de contratos atípicos, aqueles sem previsão legal.

Outra diferença importante refere-se ao fato dos direitos reais trazerem o tão aclamado *direito de sequela*, respondendo a coisa, onde quer que ela esteja; enquanto que nos direitos pessoais há uma responsabilidade patrimonial dos bens do devedor pelo inadimplemento da obrigação (art. 391 do CC/2002).

Por fim, deve ser observado o caráter permanente dos direitos reais, sendo o instituto basilar a propriedade. Isso se contrapõe ao caráter transitório dos direitos pessoais, como ocorre com os contratos. Contudo, é importante apontar que há, atualmente, contratos que representam uma relação de perpetuidade diante de seu prolongamento no tempo. São os *contratos relacionais* ou *contratos cativos de longa duração*, verdadeiros *casamentos contratuais* (TARTUCE, Flávio. *Função*

social..., 2007, p. 315-318). É importante citar que a expressão *contratos cativos de longa duração* foi criada por Cláudia Lima Marques (*Contratos*..., 2006, p. 92). Essa nomenclatura é muito feliz, tanto do ponto de vista técnico quanto do prático, explicando um fenômeno negocial cada vez mais comum no mundo contemporâneo. A título de exemplo, podem ser citados os contratos de plano de saúde ou de seguro de vida, que se perpetuam por décadas.

Em resumo, o quadro a seguir ainda pode ser elaborado e solicitado em provas e concursos. Apesar de ainda ser mantido, do ponto de vista didático, pôde-se perceber uma grande aproximação metodológica entre os dois âmbitos jurídicos, a fazer *ruir* o quadro no futuro:

Direitos reais	Direitos pessoais de cunho patrimonial
Relações jurídicas entre uma pessoa (sujeito ativo) e uma coisa. O sujeito passivo não é determinado, mas é toda a coletividade.	Relações jurídicas entre uma pessoa (sujeito ativo – credor) e outra (sujeito passivo – devedor).
Princípio da publicidade (tradição e registro).	Princípio da autonomia privada (liberdade).
Efeitos erga omnes. Os efeitos podem ser restringidos.	Efeitos inter partes. Há uma tendência de ampliação dos efeitos.
Rol taxativo (numerus clausus), segundo a visão clássica – art. 1.225 do CC.	Rol exemplificativo (numerus apertus) – art. 425 do CC – criação dos contratos atípicos.
A coisa responde (direito de sequela).	Os bens do devedor respondem (princípio da responsabilidade patrimonial).
Caráter permanente. Instituto típico: propriedade.	Caráter transitório, em regra, o que vem sendo mitigado pelos contratos relacionais ou cativos de longa duração. Instituto típico: contrato.

Também a colocar em dúvida esse tradicional quadro do Direito Civil, é importante salientar que existem *conceitos híbridos*, que se encontram em um ponto intermediário do quadro demonstrado.

De início, pode ser citada a posse, que representa a exteriorização do domínio. Na opinião destes autores, trata-se de um direito de natureza especial, não um direito real em particular, uma vez que não consta no rol do art. 1.225 do CC/2002. Logicamente, pela concepção tridimensional do direito, à luz da *ontognoselogia jurídica* de Miguel Reale, a posse, sendo fato, é também direito. A conclusão será aprofundada no próximo capítulo.

As obrigações reais ou *propter rem* – em razão da coisa – também se situam em uma zona intermediária entre os direitos reais e os direitos obrigacionais de cunho patrimonial, sendo também denominadas obrigações *híbridas* ou *ambulatórias*. Surgem como obrigações pessoais de um devedor, por ser ele titular de um direito real, mas acabam aderindo mais à coisa do que ao seu eventual titular. Como exemplo típico pode ser citada a obrigação do proprietário de pagar as despesas de condomínio, o que pode ser retirado do art. 1.345 do atual Código Civil, pelo qual o proprietário da unidade condominial em edifícios responde pelas dívidas anteriores que gravam a coisa. Na jurisprudência podem ser encontradas inúmeras decisões com tal conclusão, podendo ser

destacadas as seguintes:

"Agravo regimental. Condomínio. Ação de cobrança. Despesas condominiais. Legitimidade. Proprietário. Em se tratando de obrigação *propter rem*, as despesas de condomínio são de responsabilidade do proprietário, que tem posterior ação de regresso contra o ex-mutuário" (STJ, AgRg no Ag 776.699/SP, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, 3.ª Turma, j. 19.12.2007, *DJ* 08.02.2008, p. 1).

"Processual civil e civil. Condomínio. Taxas condominiais. Legitimidade passiva. Adjudicação. Adquirente. Recurso não conhecido. 1 – Na linha da orientação adotada por esta Corte, o adquirente, em adjudicação, responde pelos encargos condominiais incidentes sobre o imóvel adjudicado, tendo em vista a natureza *propter rem* das cotas condominiais. 2 – Recurso não conhecido" (STJ, REsp 829.312/RS, Rel. Min. Jorge Scartezzini, 4.ª Turma, j. 30.05.2006, *DJ* 26.06.2006, p. 170).

Por fim, também como conceito intermediário pode ser mencionado o abuso do direito de propriedade ou *ato emulativo*, retirado dos arts. 187 e 1.228, § 2.º, do Código Civil Brasileiro. Prevê o último comando legal que são proibidos os atos que não trazem ao proprietário qualquer comodidade, ou utilidade, e sejam animados pela intenção de prejudicar outrem. Como exemplo de ato de emulação pode ser citado o excesso de barulho em um apartamento tão somente para perturbar o vizinho de quem se é desafeto, um legítimo *ato chicaneiro*, como dizem os portugueses. Como se percebe, o que ainda será aprofundado, trata-se de um exercício da propriedade que repercute no direito obrigacional, particularmente na responsabilidade civil.

1.4 O DIREITO DAS COISAS E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PRIMEIRAS NOÇÕES A RESPEITO DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

A exemplo do que ocorre nos demais volumes da coleção, este autor procurará analisar os institutos do Direito Privado a partir da Constituição Federal de 1988, caminho metodológico trilhado pelos adeptos do *Direito Civil Constitucional*.

Sendo assim, nesse primeiro capítulo é preciso expor as previsões dos institutos de Direito das Coisas que constam do Texto Maior, particularmente o tratamento que é dado por aquela norma primaz à propriedade, instituto que está no centro gravitacional dos direitos reais.

Conforme expôs Gustavo Tepedino, principal idealizador da escola do *Direito Civil Constitucional* em nosso País, "Diante da promulgação do Código, deve-se construí-lo interpretativamente, com paixão e criatividade, no sentido de buscar a sua máxima eficácia social, harmonizando-o com o sistema normativo civil-constitucional. Um novo tempo não se realiza com a produção de leis novas, desconhecendo-se a identidade cultural da sociedade. É preciso que se ofereça aos profissionais do Direito, com esforço e inteligência, a interpretação mais compatível com a Constituição da República, com os valores da sociedade, com a experiência do Direito vivo, forjado, em grande parte, pelos magistrados. Assim será possível verificar criticamente os aspectos que poderiam estar melhor redigidos, ou que poderiam estar regulados de outra maneira, procurando, de todo modo, esgotar as possibilidades hermenêuticas de *lege lata*" (Os direitos..., *Temas*..., 2006, p. 147).

De imediato, ao consagrar os direitos da pessoa humana, tidos como *fundamentais*, enuncia o art. 5.º, *caput*, da CF/1988 que "Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à *propriedade*, nos termos seguintes (...) XXII – é

garantido o direito de *propriedade*; XXIII – a *propriedade atenderá a sua função social*" (com destaque). Em suma, o que se percebe é que o direito de propriedade é um direito *triplamente fundamental*, devendo ele atender aos interesses sociais.

Como entendeu o próprio Supremo Tribunal Federal, "O direito de propriedade não se reveste de caráter absoluto, eis que, sobre ele, pesa grave hipoteca social, a significar que, descumprida a função social que lhe é inerente (CF, art. 5.º, XXIII), legitimar-se-á a intervenção estatal na esfera dominial privada, observados, contudo, para esse efeito, os limites, as formas e os procedimentos fixados na própria Constituição da República. O acesso à terra, a solução dos conflitos sociais, o aproveitamento racional e adequado do imóvel rural, a utilização apropriada dos recursos naturais disponíveis e a preservação do meio ambiente constituem elementos de realização da função social da propriedade" (STF, ADI 2.213-MC, Rel. Min. Celso de Mello, j. 04.04.2002, *DJ* 23.04.2004). O conceito de *hipoteca social* é bem interessante, tanto do ponto de vista teórico quanto do didático, para demonstrar a amplitude da expressão função social da propriedade, concebida na perspectiva civil-constitucional.

Há, portanto, em nosso ordenamento jurídico, uma ampla proteção da propriedade, seja no tocante aos interesses individuais do proprietário, ou no que toca à proteção dos direitos da coletividade, o que também exprime muito bem o conteúdo de sua função social. Quanto ao indivíduo em si, relembre-se a previsão do inc. XI do próprio art. 5.º da CF/1988, segundo o qual "a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial".

A tutela da residência, nesse sentido, pode expressar a proteção da propriedade, o que entrelaça os direitos reais aos direitos existenciais de personalidade. A conclusão é a mesma quando se lê o art. 6.º, *caput*, da CF/1988, comando legal consagrador do direito social à moradia, de acordo com a ideia de *patrimônio mínimo* (FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto jurídico*..., 2001).

Não obstante, conforme afirmado outrora, o direito de propriedade, como um direito subjetivo, não é absoluto. Justamente por isso, o inc. XXV do art. 5.º do Texto Maior preconiza que no caso de iminente perigo público, a autoridade competente poderá usar de propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior, se houver dano.

No aspecto objetivo, expressa o art. 170, também da Constituição Federal, que "A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...) II – propriedade privada; III – função social da propriedade; IV – livre concorrência". De acordo com esse dispositivo, a proteção da propriedade e o princípio da função social devem ser aplicados em harmonia com os demais princípios da ordem econômica, caso da livre iniciativa. A defesa do meio ambiente, constante do inc. VI do referido artigo também entra em cena para a devida ponderação entre os princípios e a valorização da propriedade conforme se pronunciou o Supremo Tribunal Federal:

> "A atividade econômica não pode ser exercida em desarmonia com os princípios destinados a tornar efetiva a proteção ao meio ambiente. A incolumidade do meio ambiente não pode ser comprometida por interesses empresariais nem ficar dependente de motivações de índole meramente econômica, ainda mais se se tiver presente que a atividade econômica, considerada a disciplina constitucional que a rege, está subordinada, dentre outros princípios gerais, àquele que privilegia a 'defesa do meio ambiente' (CF, art.

170, VI), que traduz conceito amplo e abrangente das noções de meio ambiente natural, de meio ambiente cultural, de meio ambiente artificial (espaço urbano) e de meio ambiente laboral. Doutrina. Os instrumentos jurídicos de caráter legal e de natureza constitucional objetivam viabilizar a tutela efetiva do meio ambiente, para que não se alterem as propriedades e os atributos que lhe são inerentes, o que provocaria inaceitável comprometimento da saúde, segurança, cultura, trabalho e bem-estar da população, além de causar graves danos ecológicos ao patrimônio ambiental, considerado este em seu aspecto físico ou natural" (STF, ADI 3.540/MC, Rel. Min. Celso de Mello, j. 1.º.09.2005, *DJ* 03.02.2006).

Consagrando essa *função socioambiental da propriedade*, a proteção do meio ambiente consta expressamente do art. 225 da Constituição Federal, pela proteção do *Bem Ambiental*, um bem difuso, de todos, que visa à sadia qualidade de vida das presentes e futuras gerações (PIVA, Rui Carvalho. *Bem ambiental*..., 2001).

Existe, assim, uma preocupação com as gerações futuras, a consagrar os *direitos intergeracionais ou transgeracionais*. Esse interessante conceito pode ser retirado do *caput* do dispositivo constitucional em comento, pelo qual "Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações".

Nos termos do § 1.º do art. 225 da CF/1988, para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Estado executar medidas de políticas públicas, tais como:

a) Preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas.

b) Preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético. A questão relativa à biossegurança foi regulamentada pela Lei 11.105/2005.

c) Definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção.

d) Exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade.

e) Controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente.

f) Promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente.

g) Proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.

Na teoria e na prática, pode-se afirmar que tais medidas limitam o próprio exercício do domínio, da propriedade. No tocante às responsabilidades, aquele que explorar recursos minerais fica obrigado a recuperar o meio ambiente degradado, de acordo com solução técnica exigida pelo órgão público competente, na forma da lei (art. 225, § 2.º, da CF/1988).

Além disso, as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados (art. 225, § 3.º, da CF/1988). Esse último comando consagra o *princípio do poluidor-pagador*, prevendo a responsabilidade objetiva e solidária de todos aqueles que causam danos ambientais, o que é regulamentado pela Lei 6.938/1981 (Lei da Política Nacional do Meio Ambiente). Todavia, não se deve ter em mente a ideia de que é admissível a poluição, diante de uma contraprestação pecuniária. A prioridade é justamente impedir o dano ambiental, pela *prevenção* e pela *precaução*.

No tocante às políticas urbanas, estas devem ser executadas pelo Poder Público municipal,

conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tendo por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes (art. 182, *caput*, da CF/1988). Esse comando constitucional também guarda relação com o bom exercício do direito de propriedade, estando a política urbana regulamentada pelo Estatuto da Cidade (Lei 10.257/2001).

No que concerne ao plano diretor, aprovado pela Câmara Municipal e obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana, trazendo claras limitações ao exercício da propriedade (art. 182, § 1.º, da CF/1988). Isso porque a propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor (art. 182, § 2.º, da CF/1988).

Ainda em relação a tais restrições, mais especificamente, enuncia o § 4.º do mesmo art. 182 do Texto Maior que é facultado ao Poder Público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de:

a) Parcelamento ou edificação compulsórios.

b) Imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo.

c) Desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais.

Como é notório, a usucapião igualmente está tratada na Constituição Federal de 1988. O art. 183 da CF/1988 consagra a *usucapião constitucional ou especial urbana (pro misero)*, ao preceituar que "Aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural".

Ato contínuo, a *usucapião constitucional ou especial rural (pro labore)* consta do art. 191 do mesmo Texto Fundamental que dispõe: "Aquele que, não sendo proprietário de imóvel rural ou urbano, possua como seu, por cinco anos ininterruptos, sem oposição, área de terra, em zona rural, não superior a cinquenta hectares, tornando-a produtiva por seu trabalho ou de sua família, tendo nela sua moradia, adquirir-lhe-á a propriedade".

Anote-se que ambos os dispositivos tiveram o cuidado de prever que os bens públicos não podem ser objeto de usucapião (arts. 183, § 3.º, e 191, parágrafo único, da CF/1988). O tema da usucapião será aprofundado no Capítulo 3 da presente obra.

Sem prejuízo de tudo isso, consta também da Constituição da República uma ampla proteção da propriedade agrária, estando em tal seção dispositivos fulcrais para a compreensão da função social da propriedade.

O art. 184 da CF/1988 trata da desapropriação do imóvel rural para fins de reforma agrária, toda vez em que o imóvel não esteja cumprindo a sua função social. O seu art. 186 enuncia os requisitos para o cumprimento dessa finalidade, a saber:

a) Aproveitamento racional e adequado.

b) Utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente.

c) Observância das disposições que regulam as relações de trabalho.

d) Exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

Ainda dentro da questão agrária, o art. 185 da CF/1988 protege alguns bens, insuscetíveis de desapropriação para esses fins: a pequena e média propriedade rural, assim definida em lei, desde que seu proprietário não possua outra; e a *propriedade produtiva*.

O último dispositivo é criticado pelos doutrinadores agraristas de forma contundente, pela menção à *propriedade produtiva*, conceito que sempre suscita debates. Explica Elisabete Maniglia que "percebe-se que o texto constitucional traz em seu bojo, aspectos de avanços quando trata da função social em diversas passagens constitucionais com ênfase, inclusive nos direitos e garantias fundamentais. O art. 5.º, incisos XXII e XXIII, é exemplo já que deixa claro: que a propriedade é protegida, mas terá que cumprir a função social. Todavia, no texto agrário embarca a questão e cria uma antinomia ao inicialmente discorrer que toda a propriedade que não cumprir a sua função social será desapropriada (art. 184) para, em seguida, vetar a desapropriação nas terras produtivas, pequenas e médias. Retroagiu-se, dessa forma, no que o legislador avançou criando uma expectativa em cumprimento da função social e, em seguida, arrependido, preocupado em desagradar grupos aliados, vetou, de uma forma bem parcial, o que seria o interesse da maioria" (Atendimento..., *O direito*..., 2006, p. 29).

Mais além, diz a citada autora que o legislador criou a esperança de que a função social seja cumprida, ao mesmo tempo em que a retirou, ao mencionar a *propriedade produtiva*. Tem razão a jurista, em uma análise social do tratamento constitucional e dos conflitos de terra que envolvem o ambiente rural brasileiro.

Entre os civilistas, para solucionar essa suposta antinomia, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald propõem que o termo *produtividade* seja analisado no sentido de uma "propriedade solidária, que simultaneamente satisfaça os parâmetros econômicos de seu titular, sem com isto frustrar os interesses metaindividuais. Aliás, assim se manifesta o art. 9.º da Lei 8.629/1993, ao reiterar a norma constitucional em apreço" (*Direitos reais*..., 2006, p. 223). O dispositivo infraconstitucional citado repete o art. 186 da Constituição Federal.

Em reforço, compartilhando do mesmo entendimento, explica Gustavo Tepedino que "A produtividade, para impedir a desapropriação, deve ser associada à realização de sua função social. O conceito de produtividade vem definido pela Constituição de maneira essencialmente solidarista, vinculado ao pressuposto da tutela da propriedade. Dito diversamente, a propriedade, para ser imune à desapropriação, não basta ser produtiva no sentido econômico do termo, mas deve também realizar a sua função social. Utilizada para fins especulativos, mesmo se produtora de alguma riqueza, não atenderá a sua função social se não respeitar as situações jurídicas existenciais e sociais nas quais se insere" (Contornos..., *Temas*..., 2004, p. 311).

Todas essas opiniões merecem a adesão deste autor. A propriedade, seja ela urbana ou rural, assim como ocorre com os demais institutos privados, deve ser interpretada e analisada de acordo com o meio que a cerca, com os valores de toda a coletividade. Sendo assim, a propriedade deve atender não somente aos interesses do seu *dono*, mas também das pessoas que compõem a sociedade. O *solidarismo constitucional*, previsto no art. 3.º, I, do Texto Maior, deve entrar em cena para o preenchimento do conceito de função social. No que concerne aos critérios constantes do art. 186 da

CF/1988, devem servir também para a propriedade urbana, eis que o art. 182 da CF/1988 não traz parâmetros claros e definidos para o preenchimento da função social desta.

Por certo é que essas ideias são revolucionadoras, uma vez que a propriedade, em nosso País, historicamente, sempre foi utilizada para atender aos interesses das minorias, detentoras de poder e do capital. Cabe, em parte, à elite intelectual a mudança dessa perspectiva, para a construção de uma sociedade mais justa e solidária, conforme ordena o Texto Constitucional. O desafio é das presentes e futuras gerações, para a construção de um País melhor.

O que se percebe, nessa preliminar análise do Texto Fundamental, é uma ampla previsão quanto ao atendimento da função social e socioambiental da propriedade, nas esferas urbana e rural. Conforme será devidamente estudado, essa função social e socioambiental consta expressamente do art. 1.228, § 1.º, do atual Código Civil.

Sendo assim, devem os estudiosos da matéria estar atentos a essa preocupação constitucional, no sentido de atender aos interesses dos indivíduos e, sobretudo, da coletividade, na persecução prática da efetivação do direito de propriedade. As questões relativas aos direitos reais devem ser encaradas sob o prisma da dignidade da pessoa humana (art. 1.º, III, da CF/1988), da solidariedade social (art. 3.º, I, da CF/1988) e da isonomia ou igualdade *lato sensu* (art. 5.º, *caput*, da CF/1988). A tríade *dignidade-solidariedade-igualdade* deve ter um papel principal no estudo dos institutos privados, como se verá dos próximos capítulos deste livro.

RESUMO ESQUEMÁTICO

CONCEITOS INICIAIS

DIREITO DAS COISAS – ramo do Direito Civil que tem como conteúdo relações jurídicas estabelecidas entre pessoas e coisas determinadas, ou mesmo determináveis. Como *coisas* deve-se entender tudo aquilo que não é humano. Trata-se, portanto, de um campo metodológico.

DIREITOS REAIS – relações jurídicas estabelecidas entre pessoas e coisas determinadas ou determináveis, tendo como fundamento principal o conceito de propriedade, seja ela plena ou restrita. Os direitos reais constituem as relações jurídicas em si, de cunho subjetivo. Prevê o art. 1.225 do atual Código Civil que são direitos reais: I – a propriedade; II – a superfície; III – as servidões; IV – o usufruto; V – o uso; VI – a habitação; VII – o direito do promitente comprador do imóvel; VIII – o penhor; IX – a hipoteca; X – a anticrese; XI – a concessão de uso especial para fins de moradia (Incluído pela Lei 11.481/2007); XII – a concessão de direito real de uso (Incluído pela Lei 11.481/2007).

CARACTERÍSTICAS DOS DIREITOS REAIS – Segundo a doutrina de Maria Helena Diniz (*Curso*..., 2007, v. 4, p. 20): a) Oponibilidade *erga omnes*, ou seja, contra todos os membros da coletividade. b) Existência de um direito de sequela, uma vez que os direitos reais aderem ou *colam* na coisa. c) Previsão de um direito de preferência a favor do titular de um direito real, como é comum nos direitos reais de garantia sobre coisa alheia (penhor e hipoteca). d) Possibilidade de abandono dos direitos reais, isto é, de renúncia a tais direitos. e) Viabilidade de incorporação da coisa por meio da posse, de um domínio fático. f) Previsão da usucapião como um dos meios de sua aquisição. Vale dizer que a usucapião não atinge somente a propriedade, mas também outros direitos reais, caso da servidão predial (art. 1.379 do CC). g) Obediência a um rol taxativo (*numerus clausus*) de institutos, previstos em lei, o que consagra o *princípio da taxatividade ou tipicidade dos direitos reais*. h) Regência pelo *princípio da publicidade dos atos*, o que se dá pela entrega da coisa ou tradição (no caso de bens móveis) e pelo registro (no caso de bens imóveis).

TABELA COMPARATIVA – VISÃO CLÁSSICA
Direitos reais *x* direitos pessoais obrigacionais, de cunho patrimonial

Direitos reais	Direitos pessoais de cunho patrimonial

Relações jurídicas entre uma pessoa (sujeito ativo) e uma coisa. O sujeito passivo não é determinado, mas é toda a coletividade.	Relações jurídicas entre uma pessoa (sujeito ativo – credor) e outra (sujeito passivo – devedor).
Princípio da publicidade (tradição e registro).	Princípio da autonomia privada (liberdade).
Efeitos erga omnes. Os efeitos podem ser restringidos.	Efeitos inter partes. Há uma tendência de ampliação dos efeitos.
Rol taxativo (numerus clausus), segundo a visão clássica – art. 1.225 do CC.	Rol exemplificativo (numerus apertus) – art. 425 do CC – criação dos contratos atípicos.
A coisa responde (direito de sequela).	Os bens do devedor respondem (princípio da responsabilidade patrimonial).
Caráter permanente. Instituto típico: propriedade.	Caráter transitório, em regra, o que vem sendo mitigado pelos contratos relacionais ou cativos de longa duração. Instituto típico: contrato.

QUESTÕES CORRELATAS

1. (MP/BA2004) Segundo o Código Civil, são direitos reais:

(A) Propriedade, usufruto, penhor, hipoteca e rendas constituídas sobre imóveis.

(B) Propriedade, usufruto, uso, habitação e comodato.

(C) Propriedade, usufruto, habitação, penhor e anticrese.

(D) Superfície, usufruto, direito do promitente comprador, penhor e locação.

(E) Uso, servidões, usufruto, habitação e retenção de benfeitorias.

2. (Defensoria Pública SP 2006) Considere as afirmações:

I. Os direitos reais e os pessoais integram a categoria dos direitos patrimoniais, sendo o primeiro exercido sobre determinada coisa, enquanto o segundo exige o cumprimento de certa prestação.

II. Os direitos reais não podem ser classificados como direitos absolutos.

III. O direito real, quanto à sua oponibilidade, é absoluto, valendo contra todos, tendo sujeito passivo indeterminado, enquanto que o direito pessoal (ou obrigacional) é relativo e tem sujeito passivo determinado.

IV. Os direitos reais obedecem ao princípio da tipificação, ou seja, só são direitos reais aqueles que a lei, taxativamente, denominar como tal, enquanto que os direitos pessoais podem ser livremente criados pelas partes envolvidas (desde que não seja violada a lei, a moral ou os bons costumes), sendo portanto o seu número ilimitado.

SOMENTE estão corretas as afirmações

(A) I e II.

(B) II e III.

(C) I, III e IV.

(D) I, II e III.

(E) I, II e IV.

3. (OAB/SP – 137.º 2009) O direito das coisas regula o poder do homem sobre certos bens suscetíveis de valor e os modos de sua utilização econômica. Insta acentuar que o direito das coisas não pode ser compreendido exatamente como sinônimo de direitos reais. Possui configuração mais ampla, abrangendo, além dos direitos reais propriamente ditos, capítulos destinados ao estudo da posse e aos direitos de vizinhança (Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald. *Direitos reais*. 2.ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006 – com adaptações).

Considerando as ideias do texto acima e os dispositivos do Código Civil relativos ao direito das coisas, assinale a opção correta.

(A) São elementos da relação jurídica oriunda dos direitos reais subjetivos: aquele que detém a titularidade formal do direito, a comunidade e o bem sobre o qual o titular exerce ingerência socioeconômica.

(B) Ao titular do direito real é imprescindível o uso da ação pauliana ou revocatória para recuperar a coisa em poder de terceiros, inclusive na hipótese de fraude à execução.

(C) A promessa de compra e venda registrada no respectivo cartório de registro de imóveis e a propriedade fiduciária constituem exemplos de direitos pessoais.

(D) Caracterizam-se os direitos reais pela formação de relações jurídicas de crédito entre pessoas determinadas ou determináveis, estando o credor em posição de exigir do devedor comportamento caracterizado por uma prestação de dar, fazer ou não fazer.

4. (MAGISTRATURA FEDERAL TRF 02 – CESPE – 2013) Com relação a direitos reais, obrigações e contratos, assinale a opção correta de acordo com o Código Civil.

(A) O atual Código Civil consagra a positivação do princípio de que os direitos reais são *numerus clausus*, somente podendo ser criados por lei.

(B) O Código Civil vigente prevê tanto a mora simultânea quanto a mora alternativa.

(C) No seguro de pessoas, a apólice ou o bilhete podem ser ao portador.

(D) Pode-se estipular a fiança ainda que sem consentimento do devedor, mas não contra a sua vontade.

(E) A nulidade de qualquer das cláusulas da transação não implica, por si só, a nulidade da transação.

5. (XLI Concurso MP/MG). "Processo Civil. Fraude à execução. Sem o registro da penhora não se caracteriza a fraude à execução, salvo prova de que o adquirente tinha conhecimento da ação" (STJ, REsp. 245.064-MG, rel. Min. Ari Pargendler, DJU 04.08.2000). A partir da orientação que se assentou no Superior Tribunal de Justiça acerca da necessidade de registro da penhora e da sua consequente oponibilidade erga omnes, alguns civilistas passaram a sustentar ser ela um novo direito real. Outros, apenas uma simples restrição ao direito de propriedade. À luz dos princípios que norteiam os direitos reais em geral e o de propriedade em especial, está correta alguma das teses? Por quê?

Comentários: A questão referente à primeira tese passa pela análise do rol do art. 1.225 do CC/2002. Seguindo o entendimento pelo qual o rol é taxativo (*numerus clausus*), não há que se falar em um novo direito real. Mesmo com a adesão à corrente que tem afirmado que o rol é exemplificativo (*numerus clausus*), a primeira tese não prospera, eis que os novos direitos reais devem ser criados, obrigatoriamente, por lei (tipicidade). Quanto à corrente que prega a plena liberdade de criação dos direitos reais, como ressaltado, ela ainda é minoritária, estando relegada ao futuro.

Não convence este autor o argumento pelo qual o julgado criou uma restrição ao direito de propriedade (segunda tese). Em verdade, o bem penhorado, havendo o respectivo registro da penhora, pode ser vendido, não passando a ser inalienável. Como se verá na presente obra, a inalienabilidade do bem somente pode decorrer da lei ou da vontade das partes.

Concluindo, o registro da penhora apenas passou a ser requisito para a caracterização da fraude à execução, segundo o STJ, conforme está abordado no Volume 1 da presente coleção.

GABARITO

1 – C	2 – E
3 – A	4 – A

2

DA POSSE

Sumário: 2.1 Conceito de posse e teorias justificadoras. A função social da posse. A detenção – 2.2 Principais classificações da posse: 2.2.1 Classificação quanto à relação pessoa-coisa ou quanto ao desdobramento; 2.2.2 Classificação quanto à presença de vícios; 2.2.3 Classificação quanto à boa-fé; 2.2.4 Classificação quanto à presença de título; 2.2.5 Classificação quanto ao tempo; 2.2.6 Classificação quanto aos efeitos – 2.3 Efeitos materiais da posse: 2.3.1 A percepção dos frutos e suas consequências; 2.3.2 A indenização e a retenção das benfeitorias; 2.3.3 As responsabilidades; 2.3.4 O direito à usucapião – 2.4 Efeitos processuais da posse: 2.4.1 A faculdade de invocar os interditos possessórios; 2.4.2 A possibilidade de ingresso de outras ações possessórias; 2.4.3 As faculdades da legítima defesa da posse e do desforço imediato – 2.5 Formas de aquisição, transmissão e perda da posse – 2.6 Composse ou compossessão – Resumo esquemático – Questões correlatas – Gabarito.

2.1 CONCEITO DE POSSE E TEORIAS JUSTIFICADORAS. A FUNÇÃO SOCIAL DA POSSE. A DETENÇÃO

Como não poderia ser diferente, o Código Civil de 2002 traz inovações importantes a respeito do tratamento geral da posse, conceito vital tanto para o Direito das Coisas quanto para todo o Direito Privado. A análise desse instituto também deve ser feita à luz da Constituição Federal, dentro da proposta de encarar o Direito Civil a partir do Texto Maior (*constitucionalização do Direito Civil*).

A primeira dúvida que pode surgir quanto ao instituto refere-se à seguinte indagação: a posse é um fato ou um direito? Na visão clássica, muitos juristas enfrentaram muito bem a questão, como fez José Carlos Moreira Alves (*Posse*..., 1999, v. II, t. I, p. 69-137). Esse doutrinador aponta duas grandes correntes, a que afirma se tratar de um mero *fato* e outra pela qual a posse, realmente, constitui um *direito*. A segunda corrente, que prega o entendimento de que a posse é um direito é a que acaba prevalecendo na doutrina.

Nessa linha igualmente se posiciona este autor. Isso porque a posse pode ser conceituada como sendo *o domínio fático que a pessoa exerce sobre a coisa*. A partir dessa ideia, levando-se em conta a teoria tridimensional de Miguel Reale, pode-se afirmar que *a posse constitui um direito, com natureza jurídica especial*. Como afirmado no capítulo anterior, a posse é um conceito intermediário, entre os direitos pessoais e os direitos reais. Mas esse *caráter híbrido* não tem o condão de gerar a conclusão de que não constitui um direito propriamente dito.

Pois bem, para Miguel Reale, o Direito é fundado em três subsistemas: dos fatos, dos valores e das normas. Sendo a posse um fato, e sendo o Direito também constituído por elementos fáticos, pode-se afirmar que a posse é um direito.

Reforce-se que muitos juristas entendem da mesma forma, caso de Maria Helena Diniz e Orlando Gomes. Em reforço, o substrato social que deve ter a posse pode amparar a mesma conclusão. Para a Professora da PUC-SP, aliás, a posse é um direito real, como desdobramento do direito da propriedade (DINIZ, Maria Helena. *Curso*..., 2007, v. 4, p. 52). Segundo Orlando Gomes, “ensina

Ihering que a posse é um direito. A essa conclusão chega, coerentemente, em face do famoso conceito de direito, formulado no *Espírito do Direito Romano*. Para ele, direito é o interesse juridicamente protegido. Admitida essa definição, não pode haver dúvida de que a posse seja um direito. Nela se reúnem dois elementos – substancial e formal – que se exigem para a existência de um direito. O interesse substancial consiste no *interesse*. (...) A esse elemento substancial, o Direito acrescenta, na posse, um elemento formal: *a proteção jurídica*" (GOMES, Orlando. *Direitos reais*..., 19. ed., 2004, p. 41-42).

Superado esse ponto, ainda quanto ao instituto, duas grandes clássicas escolas procuraram delimitar e justificar o seu conceito.

Primeiramente, para a *teoria subjetivista* ou *subjetiva*, cujo principal defensor foi Friedrich Carl von SAVIGNY, a posse pode ser conceituada como o poder direto ou imediato que a pessoa tem de dispor fisicamente de um bem com a intenção de tê-lo para si e de defendê-lo contra a intervenção ou agressão de quem quer que seja. A posse, para essa corrente, possui dois elementos.

O primeiro seria o *corpus*, elemento material da posse, constituído pelo poder físico ou de disponibilidade sobre a coisa. O segundo elemento seria o subjetivo, o *animus domini*, a intenção de ter a coisa para si, de exercer sobre ela o direito de propriedade. Em suma, a posse poderia ser delimitada de acordo com a seguinte fórmula, apresentada por Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (*Direitos reais*..., 2006, p. 30).

POSSE (TEORIA SUBJETIVISTA) = CORPUS + ANIMUS DOMINI

Logicamente, pelo segundo elemento, pela intenção de dono, poder-se-ia concluir que, para essa teoria, o locatário, o comodatário, o depositário, entre outros, não seriam possuidores, pois não haveria qualquer intenção de tornarem-se proprietários. Portanto, não gozariam de proteção direta, o que os impediria de ingressar com as ações possessórias. A exemplo do Código Civil de 1916, verifica-se que Código Civil de 2002, em regra, não adotou essa corrente, eis que os sujeitos anteriormente citados são possuidores, no melhor sentido da expressão. Somente para fins da usucapião ordinária, como se verá, é que a teoria subjetiva de SAVIGNY entra em cena.

Para a segunda corrente, precursora de uma *teoria objetivista* ou *objetiva* da posse, cujo principal defensor foi Rudolf von IHERING, para constituir-se a posse basta que a pessoa disponha fisicamente da coisa ou que tenha a mera possibilidade de exercer esse contato. Essa corrente dispensa a intenção de ser dono, tendo a posse apenas um elemento, o *corpus*, elemento material e único fator visível e suscetível de comprovação. Este é formado pela atitude externa do possuidor em relação à coisa, agindo este com o intuito de explorá-la economicamente. Aliás, para essa teoria, dentro do conceito de *corpus* está uma intenção, não o *animus* de ser proprietário, mas sim de explorar a coisa com fins econômicos. Como apontam Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald, pode ser elaborada a seguinte fórmula para explanar essa teoria (*Direitos reais*..., 2006, p. 32):

POSSE (TEORIA OBJETIVISTA) = CORPUS

Entre as duas teorias, deve-se concluir que o Código Civil de 2002, a exemplo do seu antecessor, adotou parcialmente a teoria objetivista de IHERING, de acordo com o que consta do art. 1.196 da

atual codificação, cuja redação merece destaque: “Considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade”.

Dessa forma, o locatário, o comodatário, entre outros, para o nosso direito, são possuidores e, como tais, podem utilizar as ações possessórias, inclusive contra o próprio proprietário. Assim sendo, o art. 1.196 do CC/2002 define a posse como o exercício pleno ou não de alguns dos poderes inerentes à propriedade. Basta a presença de um dos atributos da propriedade para que surja a posse. Em outras palavras, pela atual codificação, *todo proprietário é possuidor, mas nem todo possuidor é proprietário*.

Mas o Código Civil Brasileiro perdeu a oportunidade de trazer expressamente uma teoria mais avançada quanto à posse, aquela que considera a sua função social, tese cujo principal defensor foi Raymond SALEILLES.

De lege ferenda, a adoção da função social da posse consta expressamente do Projeto 699/2011, antigo Projeto 6.960/2002 (de autoria original do deputado Ricardo Fiúza), pelo qual o art. 1.196 passará a ter a seguinte redação:

> “Art. 1.196. Considera-se possuidor todo aquele que tem poder fático de ingerência socioeconômica, absoluto ou relativo, direto ou indireto, sobre determinado bem da vida, que se manifesta através do exercício ou possibilidade de exercício inerente à propriedade ou outro direito real suscetível de posse”.

Essa proposta segue sugestão do jurista e magistrado Joel Dias Figueira Jr. São suas palavras:

> “Por tudo isso, perdeu-se o momento histórico de corrigir um importantíssimo dispositivo que vem causando confusão entre os jurisdicionados e, como decorrência de sua aplicação incorreta, inúmeras demandas. Ademais, o dispositivo mereceria um ajuste em face das teorias sociológicas, tendo-se em conta que foram elas, em sede possessória, que deram origem à função social da propriedade. Nesse sentido, vale registrar que foram as teorias sociológicas da posse, a partir do século XX, na Itália, com Silvio Perozzi; na França com Raymond Saleilles e, na Espanha, com Antonio Hernandez Gil, que não só colocaram por terra as célebres teorias objetiva e subjetiva de Ihering e Savigny, como também se tornaram responsáveis pelo novo conceito desses importantes institutos no mundo contemporâneo, notadamente a posse, como exteriorização da propriedade (sua verdadeira ‘função social’)” (*Novo Código Civil...*, 2003, p. 1.095).

Entre as obras citadas, a de Hernandez Gil é referência no tocante à concepção social da posse (*La función...*, 1969). Destaque-se o estudo que o doutrinador faz da doutrina de Perozzi, utilizando a feliz simbologia do *sujeito que anda com um chapéu por uma rua*. Vejamos, na leitura feita por este autor, com adaptações. De acordo com a teoria de Savigny, é ele possuidor, pois tem a intenção de ser dono do chapéu e se apresenta com o bem. A par da teoria de Ihering, há posse porque a pessoa se apresenta com o chapéu, tendo o domínio fático da coisa. Por fim, pela visão de Perozzi e Gil há posse diante do reconhecimento e da aceitação da coletividade de que essa pessoa é possuidora, além da destinação que é dada ao chapéu.

Na doutrina nacional, outros autores demonstram ser favoráveis à tese da *posse-social*, como Marco Aurélio Bezerra de Melo, Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (*Novo Código Civil...*, 2004, p. 9). Na mesma esteira, escreve Renato Duarte Franco de Moraes que “a função social da posse advém da função social da propriedade (art. 5.º, XXIII, da Constituição Federal), aplicada conjuntamente com o princípio constitucional da isonomia substancial (art. 5.º, *caput*, da Constituição Federal). Isso porque, se é concedida ao proprietário determinada tutela decorrente do exercício das posições jurídicas inerentes ao domínio e, em contrapartida, se exige

dele uma série de deveres, não é substancialmente isonômico que se conceda tutela semelhante ao possuidor, que exerce faticamente grande parte das posições jurídicas do *dominus*, e dele nada se exija. Não há, nesse ponto, diferenças substanciais que permitam um tratamento diverso da lei" (A função..., *Direito civil*..., 2006, p. 580). A consequência apontada pelo jovem autor por último citado é interessante, uma vez que o exercício da função social da posse acaba repercutindo na tutela dos direitos possessórios. A questão ainda será aprofundada no presente capítulo.

Ainda em sede doutrinária, a ideia de função social da posse consta de enunciado aprovado na *V Jornada de Direito Civil*, de 2011, com a seguinte redação: "A posse constitui direito autônomo em relação à propriedade e deve expressar o aproveitamento dos bens para o alcance de interesses existenciais, econômicos e sociais merecedores de tutela" (Enunciado n. 492). A título de exemplo, pode ser citado o *contrato de gaveta*, em que o possuidor tem um direito autônomo à propriedade, merecendo proteção pela utilidade positiva que dá à coisa.

Pois bem, não há dúvidas de que a redação da proposta legislativa é muito melhor do que o atual art. 1.196, comprovando o afastamento em relação às duas correntes clássicas. Mas sem prejuízo dessa proposta de alteração, pode-se afirmar que o princípio da função social da posse é implícito à codificação de 2002, particularmente pela valorização da *posse-trabalho*, conforme os arts. 1.238, parágrafo único; 1.242, parágrafo único, e 1.228, §§ 4.º e 5.º, todos do atual Código Civil.

Como é notório, os parágrafos únicos dos arts. 1.238 e 1.242 estabelecem a redução dos prazos para a usucapião extraordinária e ordinária, respectivamente, nos casos envolvendo bens imóveis. Na usucapião extraordinária o prazo é reduzido de quinze para dez anos; na ordinária, de dez para cinco anos. Em ambas as hipóteses, a redução ocorre diante de uma situação de *posse-trabalho*, nos casos em que aquele que tem a posse utiliza o imóvel com intuito de moradia, ou realiza obras e investimentos de caráter produtivo, com relevante caráter social e econômico. Há, portanto, uma *posse qualificada* pelo exercício positivo que atenda a uma função social. *Posse-trabalho* quer dizer que ao imóvel foi dada alguma utilidade, ou seja, houve uma atuação positiva por parte do possuidor.

Pode-se afirmar que essas reduções estão de acordo com a solidariedade social, com a proposta de erradicação da pobreza e, especificamente, com a proteção do direito à moradia, prevista no art. 6.º da Constituição Federal. Nunca é demais lembrar que um dos baluartes da atual codificação privada é o princípio da socialidade, como bem apontava Miguel Reale, o que reduz sobremaneira o caráter individualista que imperava na vigência da codificação anterior. Em suma, a principiologia que fundamenta o Código Civil de 2002 possibilita tal redução, que valoriza a *posse social*.

A *função social da posse* por igual está presente no tratamento da *desapropriação judicial privada por posse-trabalho*, prevista no art. 1.228, §§ 4.º e 5.º, do CC de 2002, instituto que será estudado em tópico específico, importantíssimo por se tratar de criação brasileira. Nessa linha, da prática, concluiu a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Distrito Federal: "O princípio da função social da posse encontra-se implícito no Código Civil, principalmente pela valorização da posse-trabalho, conforme estipulam os seus arts. 1.238, parágrafo único; 1.242, parágrafo único; e 1.228, §§ 4.º e 5.º" (TJDF, Recurso 2006.05.1.001936-7, Acórdão 350.544, 4.ª Turma Cível, Rel. Des. Alfeu Machado, *DJDFTE* 22.04.2009, p. 149).

Na verdade, mesmo sendo exteriorização da propriedade, o que também comprova a sua função social, a posse com ela não se confunde. É cediço que determinada pessoa pode ter a posse sem ser proprietária do bem, uma vez que ser proprietário é ter o *domínio pleno* da coisa. A posse pode

significar apenas ter a disposição da coisa, utilizar-se dela ou tirar dela os frutos com fins socioeconômicos.

Sem prejuízo dessa confrontação, como mencionado, tendo a propriedade uma função social reconhecida no Texto Maior, o mesmo deve ser dito quanto à posse. Diante desses argumentos, entendemos ser mais correto afirmar, atualmente, que o nosso Código Civil não adota a tese de IHERING, pura e simplesmente, mas sim a tese da posse-social, como defendem PEROZZI, SALEILLES e GIL, citados por Joel Dias Figueira em sua proposta de alteração legislativa. Uma mudança de paradigma inegável atingiu também o Direito das Coisas, razão pela qual o debate entre IHERING e SAVIGNY encontra-se mais do que superado.

Transcorrida essa discussão, é interessante deixar claro que não se pode confundir a posse com a detenção. O detentor não deve ser confundido com o possuidor, pela inteligência do art. 1.198 do CC, pelo qual: "considera-se detentor aquele que, achando-se em relação de dependência para com outro, conserva a posse em nome deste e em cumprimento de ordens ou instruções suas. Parágrafo único. Aquele que começou a comportar-se do modo como prescreve este artigo, em relação ao bem e à outra pessoa, presume-se detentor, até que prove o contrário".

Segundo Maria Helena Diniz o detentor ou *fâmulo de posse*, também denominado *gestor da posse, detentor dependente* ou *servidor da posse*, tem a coisa apenas em virtude de uma situação de dependência econômica ou de um vínculo de subordinação (*ato de mera custódia*). A lei ressalva não ser possuidor aquele que, achando-se em relação de dependência para com outro, conserva a posse em nome deste e em cumprimento de ordens e instruções suas (*Curso*..., 2007, v. 4, p. 40).

Em suma, o detentor exerce sobre o bem não uma posse própria, mas uma posse em nome de outrem. Como não tem posse, não lhe assiste o direito de invocar, em nome próprio, as ações possessórias. Porém, é possível que o detentor defenda a posse alheia por meio da *autotutela*, tratada pelo art. 1.210, § 1.º, do CC/2002, conforme reconhece o seguinte enunciado doutrinário, *da V Jornada de Direito Civil*: "O detentor (art. 1.198 do Código Civil) pode, no interesse do possuidor, exercer a autodefesa do bem sob seu poder" (Enunciado n. 493).

O art. 1.208, 1.ª parte, do Código Civil acrescenta que não induzem posse os atos de mera permissão ou tolerância. Ainda conforme ensina Maria Helena Diniz, esses atos representam uma *indulgência* pela prática do ato, mas não cedem direito algum, apenas retirando a ilicitude do ato de terceiro (*Curso*..., 2007, v. 4, p. 40).

Luciano de Camargo Penteado apresenta ainda o conceito de *tença*, para diferenciá-la da posse e da detenção. Dessa forma, para o doutrinador, "a posse consiste no exercício em nome próprio de um poder do domínio, a detenção consiste, numa de suas modalidades, no exercício em nome alheio" (*Direito*..., 2008, p. 471). Por fim, a tença, para ele, "é a mera situação material de apreensão física do bem, sem qualquer consequência jurídica protetiva" (*Direito*..., 2008, p. 471).

Vejamos alguns exemplos jurisprudenciais de detenção, para deixar bem claro que ela não se confunde com a posse.

De início, o Superior Tribunal de Justiça, em reiteradas vezes, tem entendido que a ocupação irregular de área pública não induz posse, mas ato de mera detenção. Por todos esses julgados, transcreve-se o seguinte:

“Embargos de terceiro. Mandado de reintegração de posse. Ocupação irregular de área pública. Inexistência de posse. Direito de retenção não configurado. 1. Posse é o direito reconhecido a quem se comporta como proprietário. Posse e propriedade, portanto, são institutos que caminham juntos, não havendo de se reconhecer a posse a quem, por proibição legal, não possa ser proprietário ou não possa gozar de qualquer dos poderes inerentes à propriedade. 2. A ocupação de área pública, quando irregular, não pode ser reconhecida como posse, mas como mera detenção. 3. Se o direito de retenção depende da configuração da posse, não se pode, ante a consideração da inexistência desta, admitir o surgimento daquele direito advindo da necessidade de se indenizar as benfeitorias úteis e necessárias, e assim impedir o cumprimento da medida imposta no interdito proibitório. 4. Recurso provido” (STJ. REsp 556721/DF (200301269677), 642135. Recurso especial. Data da decisão: 15.09.2005. Segunda Turma. Rel. Min. Eliana Calmon. Sucessivos: REsp 704992/DF, 2004/0165757-1 – Decisão: 06.12.2005. *DJ* 19.12.2005, p. 353. Fonte: *DJ* 03.10.2005, p. 172. Veja: Ocupação de terra pública – Posse – Inexistência). STJ. REsp 489.732/DF, 146.367/DF (*RDDP* 26/217).

A tese é confirmada pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, sendo interessante trazer à colação a seguinte ementa: “Possessória. Reintegração de posse. Ocupação indevida de área de uso comum do povo. Área fora do comércio, portanto, inalienável. Ocupação que não gera direito de posse, mas mera detenção, sendo insuscetível de aquisição através de usucapião. Sendo área de risco não há como reconhecer-se eventual direito à indenização, seja por acessões, seja por benfeitorias. Procedência da reintegratória. Recurso improvido” (TJSP, Apelação Civil 172.313-5/8, São Paulo, 7.ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Walter Swensson, 04.07.2005, Voto 17.395).

Também do Tribunal de Justiça de São Paulo entendeu-se não haver posse, mas mera detenção, em caso de entrega de veículo para o dono de uma empresa que estaria incumbido de vendê-lo. Merece transcrição a decisão, para fins práticos: “Possessória. Reintegração de posse. Bem móvel. Veículo adquirido mediante financiamento. Entrega do bem ao réu, dono de garagem para ser vendido. Transferência, todavia, do mesmo a outrem para pagamento de dívida por ele contraída. Descabimento. Configuração como mera detenção, com simples custódia. Esbulho configurado. Ação procedente. Recurso desprovido” (TJSP, Apelação 0957508-2/00, Lins, Rel. Sorteado Antonio Marson, 21.ª Câmara Direito Privado, j. 04.05.2005).

Do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul cabe colacionar acórdão relacionado com a clássica hipótese de cessão da coisa pelo próprio proprietário, também geradora de mera detenção: “Apelação. Posse de bens imóveis. Ação reintegratória. Exceção de usucapião. Caso concreto. Posse exercida por concessão do proprietário não caracteriza *animus domini*, tratando-se de mera detenção. Posse que se transmite com o mesmo caráter aos sucessores. Improcede a exceção de usucapião. Posses individuais insuficientes para usucapião. Prequestionamento – o julgador não está obrigado a responder a todos os argumentos trazidos pela parte” (TJRS, Processo 70009398603, Data: 12.07.2005, Órgão julgador: Décima Sétima Câmara Cível, Juiz relator: Agathe Elsa Schmidt da Silva, Origem: Canoas).

Por fim, o célebre caso de detenção refere-se à relação de trabalho ou de emprego, em que o empregador entrega bem de sua propriedade ao trabalhador, diante de uma relação de confiança decorrente do contrato. Por todos os julgados, de vários Tribunais Estaduais, traz-se a ementa a seguir, igualmente do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

“Apelação cível. Ação de reintegração de posse. Relação empregatícia anterior. Transmissão da posse. A transmissão da posse se faz com as mesmas características com que é exercida e recebida. Exercida a posse decorrente de relação empregatícia (mera detenção) transmite-se com as mesmas características, não se transmudando a sua natureza, que, em verdade, traduzir-se-ia em mera detenção. Exceção de usucapião improcedente. Compra e venda *a non domino* que não vincula ou obriga aquele em nome do qual encontra-se o imóvel registrado no tombo imobiliário. Posse anterior e esbulho comprovado. Apelação improvida” (TJRS, Processo 70014367254, Data: 09.05.2006, Órgão julgador: Décima Nona Câmara Cível, Juiz relator: Guinther Spode, Origem: Comarca de Taquari).

Como se pode perceber, o último acórdão traz aplicação do art. 1.198, parágrafo único, do atual Código, pelo qual aquele que começa a se comportar como detentor mantém, em regra, essa característica.

Todavia, deve ficar claro que se estiver presente um comodato ou uma locação da coisa, não haverá detenção, mas posse do empregado, conforme vem entendendo farta jurisprudência (por todos: STJ, CC 105.134/MG, 2.ª Seção, Rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 14.10.2009, *DJE* 05.11.2009; TRT da 7.ª Região, RO 1171-30.2010.5.07.0031, 1.ª Turma, Rel. Des. José Antonio Parente da Silva, *DEJTCE* 08.07.2011, p. 31 e TJSP, Agravo de Instrumento 7304009-2, Acórdão 3926316, Botucatu, 20.ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Álvaro Torres Junior, j. 22.06.2009, *DJESP* 23.07.2009).

Ainda no tocante aos exemplos de detenção, cumpre colacionar as lições de Orlando Gomes, em obra atualizada por Luiz Edson Fachin, no sentido de que "são servidores da posse, dentre outras pessoas as seguintes: os empregados em geral, os diretores de empresa, os bibliotecários, os viajantes em relação aos mostruários, os menores mesmo quando usam coisas próprias, o soldado, o detento" (*Direitos reais*..., 19. ed., 2004, p. 48).

Esclareça-se que, na *IV Jornada de Direito Civil*, evento promovido pelo Conselho da Justiça Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça no ano de 2006, foi aprovado o Enunciado n. 301 CJF/STJ, prescrevendo que "É possível a conversão da detenção em posse, desde que rompida a subordinação, na hipótese de exercício em nome próprio dos atos possessórios". Ilustrando, se desaparecer o vínculo de dependência de um contrato de trabalho, sendo celebrado diretamente um contrato de locação entre ex-patrão e ex-empregado, não haverá mais mera detenção, mas posse, desdobrada em direta e indireta. Sendo assim, o novo locatário poderá desfrutar de todos os efeitos materiais e processuais decorrentes do novo instituto que surge. Admitindo a referida conversão, da jurisprudência paulista, e com interessante conclusão prática:

> "Ação possessória. Indeferimento da petição inicial sob o fundamento de existência de mera detenção. Possibilidade de conversão da detenção em posse, com o rompimento da subordinação relativa àquela possibilidade da modificação do caráter originário da posse. Fatos afirmados com a inicial que merecem ser melhor examinados sob o crivo do contraditório. Impossibilidade, entretanto, de concessão de liminar. Recurso provido para ser anulada a decisão, a fim de se propiciar o processamento, sem liminar, da ação" (TJSP, Apelação 7170778-3, Acórdão 3468220, Piratininga, 17.ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Paulo Pastore Filho, j. 28.01.2009, *DJESP* 09.03.2009).

A encerrar o presente tópico, na *III Jornada de Direito Civil*, aprovou-se o Enunciado n. 236 CJF/STJ, preceituando que se considera possuidor, para todos os efeitos legais, também a coletividade desprovida de personalidade jurídica. É o caso, por exemplo, do espólio, da massa falida e da sociedade de fato, que não são pessoas jurídicas, mas entes despersonalizados. Por razões óbvias, também esses entes, além das pessoas naturais e coletivas (pessoas jurídicas), podem ser possuidores.

2.2 PRINCIPAIS CLASSIFICAÇÕES DA POSSE

A posse admite diversas classificações, o que é fundamental para a compreensão do instituto e de seus efeitos jurídicos. Vejamos tais modalidades, a partir dos mais diversos critérios técnicos, de categorização jurídica.

2.2.1 Classificação quanto à relação pessoa-coisa ou quanto ao desdobramento

Levando-se em conta a relação mantida entre a pessoa e a coisa sobre a qual recai a posse, temos a seguinte classificação:

a) *Posse direta* ou *imediata* – aquela que é exercida por quem tem a coisa materialmente, havendo um poder físico imediato. A título de exemplificação, cite-se a posse exercida pelo locatário, por concessão do locador.
b) *Posse indireta* ou *mediata* – exercida por meio de outra pessoa, havendo mero exercício de direito, geralmente decorrente da propriedade. É o que se verifica em favor do locador, proprietário do bem.

Partindo para outros casos de ilustração, o depositário tem a posse direta e o depositante a posse indireta; o usufrutuário tem a posse direta e o nu-proprietário, a posse indireta; o comodatário tem a posse direta e o comodante, a indireta, e assim sucessivamente.

Enuncia o art. 1.197 do CC/2002 que "A posse direta, de pessoa que tem a coisa em seu poder, temporariamente, em virtude de direito pessoal, ou real, não anula a indireta, de quem aquela foi havida, podendo o possuidor direto defender a sua posse contra o indireto". O dispositivo trata, portanto, do clássico conceito de *desdobramento da posse*, e é completado pelo Enunciado n. 76 CJF/STJ, da *I Jornada de Direito Civil*, pelo qual "O possuidor direto tem direito de defender a sua posse contra o indireto, e este contra aquele (art. 1.197, *in fine*, do novo Código Civil)".

Assim, tanto o possuidor direto quanto o indireto podem invocar a proteção possessória um contra o outro, e também contra terceiros.

Ilustrando, imagine-se um caso em que, vigente um contrato de locação de imóvel urbano, o locatário viaja e, quando volta, percebe que o imóvel foi invadido pelo próprio proprietário. Nesse caso caberá uma ação de reintegração de posse do locatário (possuidor direto) em face do locador (possuidor indireto), pois o contrato ainda estava em vigor e deveria ter sido respeitado.

Em outra hipótese fática, vigente um contrato de locação de imóvel urbano, o locatário não vem pagando regularmente os aluguéis. Diante dessa situação, o locador o procura e ambos fazem um acordo para desocupação voluntária do imóvel em seis meses. Findo esse prazo o locatário ainda continua no imóvel. Pode parecer que, nesse caso, a ação cabível ao locador é a de reintegração de posse. A conclusão está errada, pois a ação cabível é a de despejo, nos termos do art. 5.º da Lei 8.245/1991. Ademais, segundo o art. 9.º, I, da mesma Lei de Locação, houve mútuo acordo entre os contratantes para a desocupação do imóvel. Trazendo essa conclusão, cumpre transcrever duas ementas de julgados, um de São Paulo e outro do Rio Grande do Sul:

"Despejo. O acordo para desfazimento da locação estará revelado num distrato, numa rescisão amigável, num documento qualquer que comprove ter a locação terminado mediante concessões recíprocas ou não, mas, sempre, por vontade de ambos os contratantes. No entanto, em havendo o descumprimento da avença, o locador poderá ajuizar ação de despejo, fincando seu pleito no inciso I, do art. 9.º do Estatuto Inquilinário. Recurso improvido" (TJSP, Apelação Cível 772.237-0/1, São Paulo, 35.ª Câmara de Direito Privado, Rel. Mendes Gomes, 27.06.2005, v.u.).

"Agravo de instrumento. Locação. Acordo descumprido ensejando o despejo compulsório. Possibilidade. Mesmo que os atos processuais não tenham seguido a ordem que a agravada menciona, o fato é que estava inadimplente, realizou o acordo e não cumpriu com o compromisso assumido, confessando, nos autos, que estava em dificuldades financeiras. No ponto, em se tratando de direito disponível das partes, não cabe ao juiz obrigar ao locador aceitar o recebimento de seus locativos em atraso, observando, inclusive, que a contestação culminou por ser intempestiva. Ademais, o fato de o acordo ter sido firmado pelos representantes da empresa locatária não torna nulo o ato, sendo desnecessária a intervenção de advogado, pois pessoas maiores e capazes" (TJRS, Processo 70016109027, Data:

30.08.2006, Órgão julgador: Décima Sexta Câmara Cível, Juiz relator Paulo Augusto Monte Lopes, Origem: Comarca de Porto Alegre).

Como se nota, é necessário o devido cuidado com a técnica processual, levando-se sempre em conta as múltiplas demandas possíveis pelo sistema jurídico nacional.

2.2.2 Classificação quanto à presença de vícios

Levando-se em conta critérios objetivos que constam do art. 1.200 do CC/2002, é concebida doutrinariamente a seguinte classificação a respeito da presença de vícios exteriores:

a) *Posse justa* – é a que não apresenta os vícios da violência, da clandestinidade ou da precariedade, sendo uma *posse limpa*.

b) *Posse injusta* – apresenta os referidos vícios, pois foi adquirida por meio de ato de violência, ato clandestino ou de precariedade, nos seguintes termos:

- *Posse violenta* – é a obtida por meio de esbulho, for força física ou violência moral (*vis*). A doutrina tem o costume de associá-la ao crime de roubo. Exemplo: integrantes de um *movimento popular* invadem violentamente, removendo e destruindo obstáculos, uma propriedade rural que está sendo utilizada pelo proprietário, cumprindo a sua função social.
- *Posse clandestina* – é a obtida às escondidas, de forma oculta, à surdina, na *calada da noite* (*clam*). É assemelhada ao crime de furto. Exemplo: integrantes de um *movimento popular* invadem, à noite e sem violência, uma propriedade rural que está sendo utilizada pelo proprietário, cumprindo a sua função social.
- *Posse precária* – é a obtida com abuso de confiança ou de direito (*precario*). Tem forma assemelhada ao crime de estelionato ou à apropriação indébita, sendo também denominada *esbulho pacífico*. Exemplo: locatário de um bem móvel que não devolve o veículo ao final do contrato.

Observe-se que basta a presença de apenas um dos critérios acima para que a posse seja caracterizada como injusta, não havendo exigência de cumulação. Em outras palavras, os vícios são isolados e não cumulativos.

Pois bem, a classificação exposta é importante e traz algumas consequências jurídicas que repercutem diretamente na prática.

De início, a posse, mesmo que injusta, ainda é posse e pode ser defendida por ações do juízo possessório, não contra aquele de quem se tirou a coisa, mas sim em face de terceiros. Isso porque a posse somente é viciada em relação a uma determinada pessoa (efeitos *inter partes*), não tendo o vício efeitos contra todos, ou seja, *erga omnes* (VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*..., 2005, p. 78). No mesmo sentido, são as palavras de Francisco Eduardo Loureiro, Desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo:

> "Causa perplexidade o fato de os ocupantes violentos ou clandestinos, porque meros detentores, não terem defesa possessória contra a agressão injusta de terceiros. Como, porém, alerta Nelson Rosenvald, essa é a única hipótese em que o detentor, por não ser mero instrumento da posse de terceiro, tem a tutela possessória contra o ataque injusto de terceiros, que não a vítima, de quem obteve o poder imediato de modo vicioso" (*Código Civil*..., 2007, p. 1.008).

Além disso, segundo a visão clássica, e pelo que consta do art. 1.208, segunda parte, do atual Código Civil, as posses injustas por violência ou clandestinidade podem ser convalidadas, o que não se aplicaria à posse injusta por precariedade. Enuncia a norma em questão que "Não induzem posse os atos de mera permissão ou tolerância assim como não autorizam a sua aquisição os atos violentos, ou clandestinos, senão depois de cessar a violência ou a clandestinidade".

O dispositivo acaba quebrando a regra pela qual a posse mantém o mesmo caráter com que foi

adquirida, conforme o art. 1.203 do CC/2002, e que consagra o *princípio da continuidade do caráter da posse*. Ato contínuo, reconhece que aqueles que têm posse violenta ou clandestina não têm *posse plena*, para fins jurídicos, sendo meros detentores. Tal previsão causa perplexidade, pois acaba negando o conceito de posse injusta, entrando em clara contradição com o art. 1.200 da própria codificação. De toda sorte, o presente autor segue a linha que reconhece na posse injusta a existência de posse e não de detenção.

Pois bem, diante dessa situação jurídica, é comum afirmar, conciliando-se o art. 1.208 do CC/2002 com o art. 924 do CPC, que, após um ano e um dia do ato de violência ou de clandestinidade, a posse deixa de ser injusta e passa a ser justa. Apesar desse entendimento, defendido, por exemplo, por Maria Helena Diniz (*Código Civil*..., 2005, p. 948), filiamo-nos à corrente que prega a análise dessa cessação caso a caso, de acordo com a finalidade social da posse (MELO, Marco Aurélio Bezerra de. *Novo Código Civil*..., 2004, v. V, p. 29 e VENOSA, Sílvio. *Código Civil*..., 2003, v. XII, p. 80). Eis aqui mais uma aplicação do *princípio da função social da posse*, pois a categoria em questão está sendo analisada de acordo com o meio que a cerca.

A possibilidade de convalidação, pelo que pode ser retirado dos dois dispositivos, não se aplica à posse precária, o que é entendimento majoritário. Explica Carlos Roberto Gonçalves, citando Sílvio Rodrigues, que não há possibilidade de convalescimento do vício da precariedade, pois ela representa um abuso de confiança (*Direito civil*..., 2006, v. V, p. 71). Concluindo desse modo, da jurisprudência:

> "Ação de reintegração de posse. Situação jurídica mantida em decorrência de contrato de trabalho, posteriormente rescindido. Posse que passa a ser precária e portanto insuscetível de convalidação. Precedentes da jurisprudência. Recurso de apelação conhecido e improvido" (TJSP, Apelação 7134177-0, Acórdão 2666880, Itanhaém, 24.ª Câmara de Direito Privado D, Rel. Des. Maurício Simões de Almeida Botelho Silva, j. 13.06.2008, *DJESP* 04.07.2008).

> "Apelação cível. Ação reivindicatória. Requisitos autorizadores. Alegada compra e venda. Comodato comprovado. Recurso não provido. 'O comodato é uma cessão gratuita de uma coisa não fungível e não consumível, a título gratuito e que possui como característica principal a temporariedade, podendo ser efetivado através de contrato escrito ou verbal. A posse dele decorrente é precária, não sendo apta, jamais, à convalidação da propriedade'. (TJSC, Acórdão n. 1999.08070-6, Des. Carlos prudêncio, DJ de 11-9-2001)" (TJSC, Acórdão 2005.010077-6, Araranguá, 1.ª Câmara de Direito Civil, Rel. Des. Carlos Prudêncio, *DJSC* 22.02.2008, p. 102).

Mais uma vez, o presente autor não se filia a tal entendimento, tido como majoritário, eis que caberia a convalidação da posse precária. Isso porque, muitas vezes, o abuso de confiança pode cessar, havendo um acordo entre as partes envolvidas. Marco Aurélio Bezerra de Melo, por exemplo, é doutrinador que reconhece a possibilidade dessa convalidação (*Direito das coisas*..., 2007, p. 50). Para tanto, entende o Desembargador do Tribunal do Rio de Janeiro pela possibilidade de modificação do título da posse, mesmo havendo precariedade. Essa mudança de estado foi reconhecida na *III Jornada de Direito Civil*, com a aprovação do Enunciado n. 237 CJF/STJ, de sua autoria, a saber: "É cabível a modificação do título da posse – *interversio possessionis* – na hipótese em que o até então possuidor direto demonstrar ato exterior inequívoco de oposição ao antigo possuidor indireto, tendo por efeito a caracterização do *animus domini*".

Essa posição, todavia, vale repetir, ainda é minoritária. De toda sorte, cabe uma reflexão. Se o vício da violência é bem mais grave e a posse violenta pode passar a ser justa, por que o efeito da cessação da injustiça não pode atingir a posse precária, vício de menor gravidade? A realidade jurídica atual parece contrariar a lógica do razoável, com o devido respeito. Superada tal

controvérsia, atente-se ao fato de que os vícios da violência, da clandestinidade ou da precariedade não influenciam na questão dos frutos, das benfeitorias e das responsabilidades. Para tais questões, leva-se em conta se a posse é de boa-fé ou má-fé, ou seja, critérios subjetivos, que serão analisados a seguir.

Por fim, é importante deixar claro que aquele que tem posse injusta não tem a *posse usucapível* (*ad usucapionem*), ou seja, não pode adquirir a coisa por usucapião. Em termos práticos, interessante trazer à tona julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em que se aplicou tal conclusão:

> "Apelação cível. Propriedade de bens imóveis. Ação reivindicatória. Exceção de usucapião especial urbano. Imóvel com dimensão superior a 250 m2. Requisitos do art. 183 da Constituição Federal não preenchidos. Mérito. Prova da propriedade do imóvel devidamente produzida pela parte autora. Posse injusta da demandada. Ausência de título capaz de gerar oposição ao título dominial ostentado pelo demandante. Demonstrada a propriedade do imóvel pela parte autora e não havendo justificativa plausível para a posse das demandadas no imóvel, o que faz dela injusta, têm-se como presentes os pressupostos autorizadores da medida reivindicatória. Desatendimento do ônus de provar fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito dos autores, conforme dispõe a regra do inciso II do art. 333 do CPC" (TJRS, Processo 70014945018, Data: 11.05.2006, Órgão julgador: Décima Oitava Câmara Cível, Juiz relator: Pedro Celso Dal Pra, Origem: Comarca de Uruguaiana).

Como será aprofundado a seguir, a posse *ad usucapionem* apresenta claros requisitos, a fim de possibilitar a aquisição do domínio, sendo a *justiça da posse* um desses elementos.

2.2.3 Classificação quanto à boa-fé

Como é notório, a partir das lições de Miguel Reale, a eticidade é um dos princípios do Código Civil de 2002, ao lado da socialidade e da operabilidade, uma vez que a atual codificação valoriza a ética e a boa-fé. No Direito Civil Contemporâneo, a boa-fé pode ser classificada em *subjetiva e objetiva*.

Como destacado no Volume 3 desta coleção, a boa-fé, anteriormente, somente era relacionada com a intenção do sujeito de direito. Nesse ponto era conceituada como *boa-fé subjetiva*, eis que mantinha relação direta com a pessoa que ignorava um vício relacionado com uma pessoa, bem ou negócio. Uma aplicação jurídica dessa boa-fé intencional diz respeito ao casamento putativo, aquele que, embora nulo ou anulável, gera efeitos em relação a quem esteja de boa-fé (art. 1.561 do CC/2002).

Entretanto, desde os primórdios do Direito Romano, já se cogitava outra boa-fé, aquela direcionada à conduta das partes, principalmente nas relações negociais e contratuais. Com o surgimento do *jusnaturalismo*, a boa-fé ganhou, no Direito Comparado, uma nova faceta, relacionada com a conduta dos negociantes e denominada como *boa-fé objetiva*. Da subjetivação saltou-se para a objetivação, o que é consolidado pelas codificações privadas europeias. Com essa evolução, alguns códigos da era moderna fazem menção a essa nova faceta da boa-fé, caso do Código Civil português de 1966, do Código Civil italiano de 1942 e do BGB Alemão.

No BGB Alemão, por exemplo, está prevista a boa-fé objetiva no parágrafo 243, segundo o qual o devedor está obrigado a cumprir a prestação de acordo com os requisitos de fidelidade e boa-fé, levando em consideração os usos e bons costumes. Ensina Álvaro Villaça Azevedo que o princípio da boa-fé "assegura o acolhimento do que é lícito e a repulsa ao ilícito". As palavras são exatas, eis

que aquele que contraria a boa-fé comete abuso de direito, respondendo no campo da responsabilidade civil, conforme previsão do art. 187 da atual codificação (AZEVEDO, Álvaro Villaça. Teoria..., 2002, p. 26).

Por certo é que adotou o Código Civil em vigor o princípio da eticidade, valorizando as condutas guiadas pela boa-fé, principalmente no campo obrigacional. A codificação privada nacional segue, assim, a sistemática do Código Civil italiano de 1942, que traz a previsão do preceito ético em vários dos seus dispositivos. Nosso atual Código Civil, ao seguir essa tendência, adota a dimensão concreta da boa-fé, como fazia o Código de Defesa do Consumidor em seu art. 4.º, III, entre outros comandos, segundo o qual "a Política Nacional de Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: (...) III – harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores".

Tornou-se comum afirmar que a boa-fé objetiva, conceituada como sendo exigência de conduta leal dos contratantes, está relacionada com os deveres anexos, que são ínsitos a qualquer negócio jurídico, não havendo sequer a necessidade de previsão no instrumento negocial (MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé..., 1999).

A tese dos *deveres anexos, laterais ou secundários* foi muito bem explorada, no Brasil, por Clóvis do Couto e Silva, para quem "os deveres secundários comportam tratamento que abranja toda a relação jurídica. Assim, podem ser examinados durante o curso ou o desenvolvimento da relação jurídica, e, em certos casos, posteriormente ao adimplemento da obrigação principal. Consistem em indicações, atos de proteção, como o dever de afastar danos, atos de vigilância, da guarda de cooperação, de assistência" (A obrigação..., 1976, p. 113). O doutrinador gaúcho sustenta que o contrato e a obrigação trazem um *processo de colaboração* entre as partes decorrente desses deveres anexos ou secundários, que devem ser respeitados pelas partes em todo o curso obrigacional, ou seja, em todas as fases pelas quais passa o contrato.

A quebra desses deveres anexos gera a violação positiva do contrato, com responsabilização civil daquele que desrespeita a boa-fé objetiva. Isso pode ser evidenciado pelo teor do Enunciado n. 24 CJF/STJ, aprovado na *I Jornada de Direito Civil*, do ano de 2002, com o seguinte teor: "Em virtude do princípio da boa-fé, positivado no art. 422 do novo Código Civil, a violação dos deveres anexos constitui espécie de inadimplemento, independentemente de culpa". A violação positiva do contrato, com aplicação a todas as fases contratuais, vem sendo reconhecida pela doutrina contemporânea, como nova modalidade de inadimplemento obrigacional. Essa responsabilização independentemente de culpa está amparada igualmente pelo teor do Enunciado n. 363 CJF/STJ, da *IV Jornada de Direito Civil*, segundo o qual: "Os princípios da probidade e da confiança são de ordem pública, estando a parte lesada somente obrigada a demonstrar a existência da violação".

Pois bem, como deveres anexos, utilizando os ensinamentos da Professora Judith Martins-Costa e de Clóvis do Couto e Silva, podem ser citados, entre outros:

a) o dever de cuidado em relação à outra parte negocial;

b) o dever de respeito;

c) o dever de informar a outra parte quanto ao conteúdo do negócio;

d) o dever de agir conforme a confiança depositada;

e) o dever de lealdade e probidade;

f) o dever de colaboração ou cooperação;

g) o dever de agir conforme a razoabilidade, a equidade e a boa razão.

Feitas tais ponderações a respeito da *boa-fé objetiva*, um dos exemplos em que estará presente a *boa-fé subjetiva* refere-se à posse, particularmente ao que consta do art. 1.201 do CC/2002, dispositivo que merece redação destacada para maiores aprofundamentos:

"Art. 1.201. É de boa-fé a posse, se o possuidor ignora o vício, ou o obstáculo que impede a aquisição da coisa.

Parágrafo único. O possuidor com justo título tem por si a presunção de boa-fé, salvo prova em contrário, ou quando a lei expressamente não admite esta presunção".

Pelo que consta desse importante dispositivo legal, primeiramente, o possuidor de boa-fé é aquele que ignora os vícios que inquinam sua posse. Esses vícios podem ser os da violência, os da clandestinidade ou os da precariedade, mas não necessariamente, ou seja, os vícios estão presentes, mas são por ele desconhecidos. Daí, sua ausência de consciência significar boa-fé subjetiva. Menezes Cordeiro afirma, ao analisar o art. 1.260/1 do CC português, que haverá boa-fé subjetiva quando o possuidor, ao adquirir ou constituir a posse, ignora que está lesando o direito de outrem (*Da boa-fé*..., 2001, p. 415).

A título de ilustração, se o possuidor está ciente da violência que atinge a posse, pois ele, utilizando-se de força física, desapossou o dono do imóvel, haverá um possuidor de má-fé, eis que tem consciência da situação de fato que foi criada.

Pontue-se que os efeitos da ausência ou não de consciência dos vícios subjetivos da posse serão diversos dos vícios objetivos porque o possuidor de boa-fé terá direito à indenização pelas benfeitorias úteis e necessárias, inclusive com direito de retenção, e o possuidor de má-fé apenas terá direito à indenização, mas não à retenção, pelas benfeitorias necessárias.

Nesse contexto, dispõe o art. 1.219 do Código Civil Brasileiro que o possuidor de boa-fé tem direito à indenização das benfeitorias necessárias e úteis, bem como, quanto às voluptuárias, se não lhe forem pagas, a levantá-las, quando o puder sem detrimento da coisa, e poderá exercer o direito de retenção pelo valor das benfeitorias necessárias e úteis. O dispositivo ainda será aprofundado neste capítulo.

Ademais, haverá posse de boa-fé havendo um justo título que a fundamente, o que conduz a uma presunção relativa ou *iuris tantum*, nos termos do art. 1.201, parágrafo único, do CC/2002. É o caso, por exemplo, do contrato que fundamenta a posse do locatário ou do comodatário.

Com relação a esse justo título, na *IV Jornada de Direito Civil*, aprovou-se o Enunciado n. 302 CJF/STJ, prescrevendo que "Pode ser considerado justo título para a posse de boa-fé o ato jurídico capaz de transmitir a posse *ad usucapionem*, observado o disposto no art. 113 do CC". O exemplo de título é o compromisso de compra e venda, registrado ou não na matrícula do imóvel, devendo ser observada a boa-fé objetiva, prevista no art. 113 do CC/2002.

Eis aqui um primeiro caso de aplicação da boa-fé objetiva ao Direito das Coisas, como antes foi invocado, uma vez que o art. 113 do CC/2002 consagra *a função de interpretação da boa-fé objetiva*. O reconhecimento da boa-fé subjetiva em matéria possessória não obsta que a boa-fé objetiva seja aplicada em outros campos do Direito das Coisas.

Também na *IV Jornada de Direito Civil*, foi aprovado o Enunciado n. 303 CJF/STJ, pelo qual "Considera-se justo título para presunção relativa da boa-fé do possuidor o justo motivo que lhe autoriza a aquisição derivada da posse, esteja ou não materializado em instrumento público ou particular. Compreensão na perspectiva da função social da posse".

Em suma, o último enunciado doutrinário está estabelecendo que a função social da posse, antes estudada, é fator decisivo para a determinação da posse de boa-fé e da caracterização do justo título. Sendo assim, a existência de instrumento, seja público ou particular, não é fator essencial. O tecnicismo e o formalismo exagerado são substituídos pela *funcionalização do instituto da posse*.

Por tudo o que aqui foi exposto, no tocante à boa-fé subjetiva – ou quanto à existência ou não de vícios subjetivos, como querem alguns –, a posse pode ser classificada da seguinte forma:

a) *Posse de boa-fé* – presente quando o possuidor ignora os vícios ou os obstáculos que lhe impedem a aquisição da coisa ou do direito possuído ou, ainda, quando tem um justo título que fundamente a sua posse. Orlando Gomes a divide em *posse de boa-fé real* quando "a convicção do possuidor se apoia em elementos objetivos tão evidentes que nenhuma dúvida pode ser suscitada quanto à legitimidade de sua aquisição" e *posse de boa-fé presumida* "quando o possuidor tem o justo título" (*Direitos reais*..., 2004, p. 54).
b) *Posse de má-fé* – situação em que alguém sabe do vício que acomete a coisa, mas mesmo assim pretende exercer o domínio fático sobre esta. Neste caso, o possuidor nunca possui um justo título. De qualquer modo, ainda que de má-fé, esse possuidor não perde o direito de ajuizar a ação possessória competente para proteger-se de um ataque de terceiro.

Observe-se que a classificação apontada não se confunde com a última classificação estudada (quanto aos vícios objetivos). Isso porque na análise dos vícios previstos no art. 1.200 do CC/2002 são levados em conta *critérios objetivos*. Ao contrário, na presente classificação, são levados em conta *critérios subjetivos*, pois a boa-fé que entra em cena, como regra, é a *subjetiva*, que está no plano da intenção, da crença dos envolvidos.

Em outras palavras, esclarece Orlando Gomes que "Não há coincidência necessária entre a posse justa e a posse de boa-fé. À primeira vista, toda posse justa deveria ser de boa-fé e toda posse de boa-fé deveria ser justa. Mas a transmissão dos vícios de aquisição permite que um possuidor de boa-fé tenha posse injusta, se a adquiriu de quem a obteve pela violência, pela clandestinidade ou pela precariedade, ignorante da ocorrência; *nemo sibi causam possessionis mutare potest*. Também é possível que alguém possua de má-fé, embora não tenha posse violenta, clandestina ou precária" (*Direitos reais*..., 2004, p. 55). O exemplo clássico daquele que tem *posse injusta*, mas de *boa-fé* ocorre no caso de compra de um bem roubado, sem que se saiba que o bem foi retirado de outrem com violência. Por outro lado, terá *posse justa*, mas de *má-fé*, o locatário que pretende adquirir o bem por usucapião, na vigência do contrato.

A encerrar, quanto aos efeitos, as posses confrontadas também não se confundem. Para terminar posse justa e a injusta geram efeitos quanto às ações possessórias e quanto à usucapião. A posse de boa e a de má-fé, como se verá, geram efeitos quanto aos frutos, às benfeitorias e às responsabilidades dos envolvidos, com a devida análise do caso concreto.

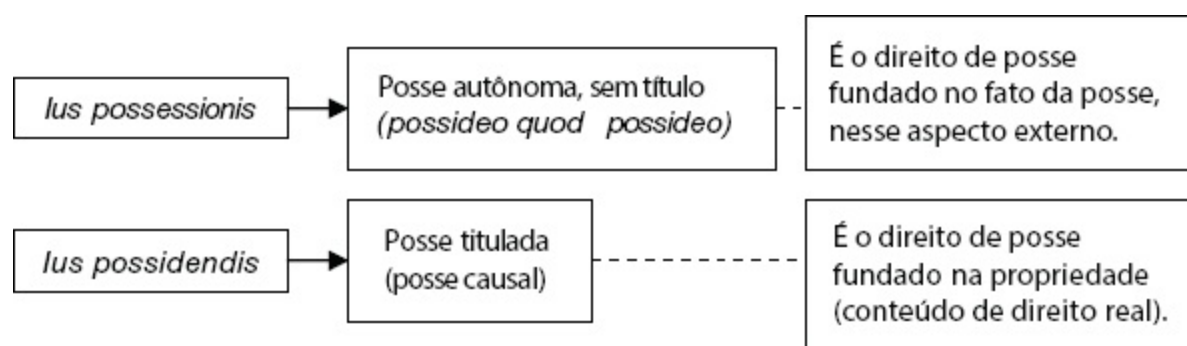
2.2.4 Classificação quanto à presença de título

De imediato deve ser esclarecido o sentido da expressão *título*, que será utilizada na presente classificação. Ensina Caio Mário da Silva Pereira, ao estudar a posse com justo título, que "a palavra *título*, que, na linguagem vulgar, como na especializada, usa-se em variadas acepções, aqui, e para os efeitos mencionados, traz o sentido de causa ou de elemento criador da relação jurídica" (*Instituições*..., 2004, v. IV, p. 31). Esse é o sentido que será utilizado na presente obra, havendo no título uma *causa representativa*, documentada ou não.

Esclarecida mais essa questão técnica e metodológica, a posse, quanto à presença de título, pode ser assim classificada:

a) Posse com título – situação em que há uma *causa representativa* da transmissão da posse, caso de um documento escrito, como ocorre na vigência de um contrato de locação ou de comodato, por exemplo.

b) Posse sem título – situação em que não há uma *causa representativa*, pelo menos aparente, da transmissão do domínio fático. A título de exemplo, pode ser citada a situação em que alguém acha um tesouro, depósito de coisas preciosas, sem a intenção de fazê-lo. Nesse caso, a posse é qualificada como um *ato-fato jurídico*, pois não há uma vontade juridicamente relevante para que exista um ato jurídico.

Mantendo relação com a classificação acima, surgem os conceitos de *ius possidendi* e *ius possessionis*. A partir das lições de Washington de Barros Monteiro, o *ius possidendi* é o direito à posse que decorre de propriedade; enquanto que o *ius possessionis* é o direito que decorre exclusivamente da posse (*Curso*..., 2003, v. 3, p. 32). Fazendo o paralelo, pode-se afirmar que no *ius possidendi* há uma posse com título, estribada na propriedade. No *ius possessionis* há uma posse sem título, que existe por si só. O esquema a seguir demonstra, em resumo, tais conceitos:

Ainda é interessante apontar que alguns autores falam em *posse natural* no caso de posse sem título e em *posse civil ou jurídica* se ela estiver estribada em título determinado (GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil*..., 2006, v. 5, p. 83).

2.2.5 Classificação quanto ao tempo

A classificação da posse a despeito do tempo é fundamental para a questão processual relativa às ações possessórias, a saber:

a) *Posse nova* – é a que conta com menos de um ano e um dia, ou seja, é aquela com até um ano.

b) *Posse velha* – é a que conta *com pelo menos* um ano e um dia, ou seja, com um ano e um dia ou mais.

Esclareça-se que se segue a doutrina de Maria Helena Diniz e Carlos Roberto Gonçalves, que entendem que a posse que tem um ano e um dia é velha (DINIZ, Maria Helena. *Código Civil*..., 15. ed., 2010, p. 828-829; GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil*..., 5. ed., 2010, v. 5, p. 101).

Relativamente aos critérios temporais, parte da doutrina aponta que tais prazos têm origem nos costumes, principalmente nos períodos de colheitas. Todavia, a origem de tais parâmetros é obscura (MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso*..., 2003, v. 3, p. 32).

O Código Civil de 1916 trazia regras relativas a esses prazos.

Primeiramente, previa o seu art. 507 que: "Na posse de menos de ano e dia, nenhum possuidor será manutenido, ou reintegrado judicialmente, senão contra os que não tiverem melhor posse. Parágrafo único. Entende-se melhor a posse que se fundar em justo título; na falta de título, ou sendo os títulos iguais, a mais antiga; se da mesma data, a posse atual. Mas, se todas forem duvidosas, será sequestrada a coisa, enquanto se não apurar a quem toque".

Além desse comando, estabelecia o art. 523 do CC/1916 que "As ações de manutenção e as de esbulho serão sumárias, quando intentadas dentro em ano e dia da turbação ou esbulho; e, passado esse prazo, ordinárias, não perdendo, contudo, o caráter possessório. Parágrafo único. O prazo de ano e dia não corre enquanto o possuidor defende a posse, restabelecendo a situação de fato anterior à turbação, ou ao esbulho".

Os dispositivos não foram reproduzidos pelo Código Civil de 2002, razão pela qual se deve entender que os seus conteúdos encontram-se revogados, sem mais aplicação. Sendo assim, em relação aos efeitos jurídicos da classificação da posse quanto ao tempo, a matéria ficou consolidada no art. 924 do Código de Processo Civil, pelo qual: "Regem o procedimento de manutenção e de reintegração de posse as normas da seção seguinte, quando intentado dentro de ano e dia da turbação ou do esbulho; passado esse prazo, será ordinário, não perdendo, contudo, o caráter possessório". As decorrências processuais dessa consolidação serão aprofundadas mais à frente.

2.2.6 Classificação quanto aos efeitos

Para terminar o estudo da classificação da posse, no que concerne aos efeitos jurídicos, surgem os seguintes conceitos:

a) *Posse ad interdicta* – constituindo regra geral, é a posse que pode ser defendida pelas ações possessórias diretas ou interditos possessórios. A título de exemplo, tanto o locador quanto o locatário podem defender a posse de uma turbação ou esbulho praticado por um terceiro. Essa posse não conduz à usucapião.

b) *Posse ad usucapionem* – exceção à regra, é a que se prolonga por determinado lapso de tempo previsto na lei, admitindo-se a aquisição da propriedade pela usucapião, desde que obedecidos os parâmetros legais. Em outras palavras, é aquela posse com *olhos à usucapião (posse usucapível)*, pela presença dos seus elementos, que serão estudados oportunamente. A posse *ad usucapionem* deve ser mansa, pacífica, duradoura por lapso temporal previsto em lei, ininterrupta e com intenção de dono (*animus domini* – conceito de SAVIGNY). Além disso, em regra, deve ter os requisitos do justo título e da boa-fé.

Os aprofundamentos dessas modalidades possessórias já adentram no tema dos efeitos da posse, que são estudados a seguir.

2.3 EFEITOS MATERIAIS DA POSSE

O Código Civil de 2002, entre os seus arts. 1.210 a 1.222, traz regras quanto aos efeitos da posse (Capítulo III, Título I, Livro III). Esses preceitos têm caráter material e processual e estão aqui abordados de forma pontual. Começa-se com as regras materiais, relativas aos frutos, às benfeitorias, às responsabilidades e à usucapião.

2.3.1 A percepção dos frutos e suas consequências

Os frutos são estudados como bens acessórios na Parte Geral do Código Civil, sendo conceituados como bens que saem do principal, ou seja, que dele se destacam, sem diminuir a sua quantidade.

Os frutos, quanto à origem, podem ser assim classificados:

– *Frutos naturais* – são aqueles decorrentes da essência da coisa principal como, por exemplo, as frutas produzidas por uma árvore.
– *Frutos industriais* – são os que se originam de uma atividade humana, caso de um material produzido por uma fábrica.
– *Frutos civis* – são os que têm origem em uma relação jurídica ou econômica, de natureza privada, sendo também denominados *rendimentos*. É o caso, por exemplo, dos valores decorrentes do aluguel de um imóvel, de juros de capital, de dividendos de ações.

Relativamente ao estado em que eventualmente se encontrarem, os frutos podem ser classificados da seguinte forma, o que remonta a Clóvis Beviláqua:

– *Frutos pendentes* – são aqueles que estão ligados à coisa principal, e que não foram colhidos. Exemplo: maçãs que ainda estão presas à macieira.
– *Frutos percebidos* – são os já colhidos do principal e separados. Exemplo: maçãs que foram colhidas pelo produtor.
– *Frutos estantes* – são os frutos que foram colhidos e encontram-se armazenados. Exemplo: maçãs colhidas e colocadas em caixas em um armazém.
– *Frutos percipiendos* – são os que deveriam ter sido colhidos, mas não foram. Exemplo: maçãs maduras que deveriam ter sido colhidas e que estão apodrecendo.
– *Frutos consumidos* – são os que foram colhidos e não existem mais. São as maçãs que foram colhidas pelo produtor e vendidas a terceiros.

Em termos gerais, enuncia o art. 95 do CC/2002 que, apesar de ainda não separados do bem principal, os frutos e produtos podem ser objeto de negócio jurídico. De qualquer forma, é importante relembrar que os frutos não se confundem com os produtos, pois enquanto os frutos não geram a diminuição do principal, isso não ocorre com os produtos.

No que interessa aos efeitos da posse, para a análise do direito aos frutos é fundamental que a posse seja configurada como de boa ou má-fé.

De início, estatui o art. 1.214 do CC/2002 que o possuidor de boa-fé tem direito, enquanto ela durar, aos frutos percebidos. Complementando, determina o parágrafo único desse comando legal que os frutos pendentes ao tempo em que cessar a boa-fé devem ser restituídos, depois de deduzidas as despesas da produção e custeio. Devem ser também restituídos os frutos colhidos com antecipação.

A título de concreção, um locatário está em um imóvel urbano e, no fundo deste, há uma mangueira. Enquanto vigente o contrato, o locatário, possuidor de boa-fé amparado pelo justo título, terá direito às mangas colhidas, ou seja, percebidas. Se o contrato for extinto quando as mangas ainda estiverem verdes (frutos pendentes), não poderão ser colhidas, pois são do locador proprietário. Se colhidas ainda verdes, devem ser devolvidas ao último, sem prejuízo de eventuais perdas e danos que

couberem por este *mau colhimento*.

Enuncia o art. 1.215 do CC/2002 que os frutos naturais e industriais reputam-se colhidos e percebidos, logo que são separados. Por outro turno, os frutos civis reputam-se percebidos dia por dia. Ilustrando, a manga é tida como colhida quando separada da mangueira. Por outro lado, os juros são percebidos nos exatos vencimentos dos rendimentos, como é comum em cadernetas de poupança.

No que concerne ao possuidor de má-fé, nos termos do art. 1.216 do CC/2002, responde ele por todos os frutos colhidos e percebidos, bem como pelos que, por culpa sua, deixou de perceber, desde o momento em que se constituiu de má-fé. Todavia, esse possuidor tem direito às despesas da produção e de custeio. A título de exemplo, se um invasor de um imóvel colhe as mangas da mangueira do terreno, deverá indenizá-las, mas será ressarcido pelas despesas realizadas com a colheita. Por outra via, se deixaram de ser colhidas e, em razão disso, vieram a apodrecer, o possuidor também será responsabilizado. Para fins de determinação dessa responsabilidade, aplica-se o *princípio da reparação integral dos danos*, o que inclui os danos materiais (danos emergentes e lucros cessantes – arts. 402 a 404 do CC) e os danos imateriais, caso dos danos morais, se presentes.

A encerrar a análise dos efeitos relativos aos frutos, surge a indagação: esse regime também se aplica aos produtos? Na doutrina clássica Orlando Gomes sustenta que não, pois quanto aos produtos há um dever de restituição mesmo quanto ao possuidor de boa-fé. Ademais, se a restituição tornou-se impossível, o possuidor deverá indenizar a outra parte por perdas e danos e "por motivo de equidade, a indenização deve corresponder ao proveito real que o possuidor obteve com a alienação dos produtos da coisa" (*Direitos reais*..., 2004, p. 82). Na doutrina contemporânea, Francisco Eduardo Loureiro também responde negativamente (*Código Civil*..., 2007, p. 1.021). Parecem ter razão os doutrinadores. Isso porque os produtos, quando retirados, desfalcam a substância do principal. Assim sendo, a aplicação do regime dos frutos para os produtos poderia gerar uma perda substancial da coisa possuída, o que não pode ser admitido.

Com essa correta conclusão, quanto aos produtos, eventuais conflitos devem ser resolvidos com as regras que vedam o enriquecimento sem causa. De imediato, aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários. Se o enriquecimento tiver por objeto coisa determinada, quem a recebeu é obrigado a restituí-la, e, se a coisa não mais subsistir, a restituição se fará pelo valor do bem na época em que foi exigido (art. 884 do CC).

A restituição é devida, não só quando não tenha havido causa que justifique o enriquecimento, mas também se esta deixou de existir (art. 885 do CC). Por fim, não caberá a restituição por enriquecimento se a lei conferir ao lesado outros meios para se ressarcir do prejuízo sofrido (art. 886 do CC). Pela última regra, o caminho pode ser a indenização das perdas e danos, aplicando-se o *princípio da reparação integral dos danos*, retirado do art. 944, *caput*, do CC, pelo qual a indenização mede-se pela extensão do dano.

2.3.2 A indenização e a retenção das benfeitorias

As benfeitorias são bens acessórios introduzidos em um bem móvel ou imóvel, visando a sua conservação ou melhora da sua utilidade. Enquanto os frutos e produtos decorrem do bem principal, as benfeitorias são nele introduzidas. É fundamental aqui relembrar a antiga classificação das

benfeitorias, que remonta ao Direito Romano, e que consta do art. 96 do CC/2002:

a) *Benfeitorias necessárias* – sendo essenciais ao bem principal, são as que têm por fim conservar ou evitar que o bem se deteriore. Exemplo: a reforma do telhado de uma casa.
b) *Benfeitorias úteis* – são as que aumentam ou facilitam o uso da coisa, tornando-a mais útil. Exemplo: instalação de uma grade na janela de uma casa.
c) *Benfeitorias voluptuárias* – são as de mero deleite, de mero luxo, que não facilitam a utilidade da coisa, mas apenas tornam mais agradável o seu uso. Exemplo: construção de uma piscina em uma casa.

A classificação das benfeitorias pode variar conforme a destinação ou a localização do bem principal, principalmente se forem relacionadas com bens imóveis. A título de exemplo, uma piscina na casa de alguém é, em regra, benfeitoria voluptuária. Por outra via, a piscina na escola de natação é benfeitoria necessária. Uma grade em uma janela em um bairro violento de São Paulo é benfeitoria necessária; em uma pacata cidade do interior mineiro é benfeitoria útil.

Não se pode confundir as benfeitorias com as acessões, nos termos do art. 97 do CC/2002, que são as incorporações introduzidas em outro bem, imóvel, pelo proprietário, possuidor e detentor.

As benfeitorias por igual não se confundem com as pertenças, que são bens destinados a servir outro bem principal, por vontade ou trabalho intelectual do proprietário. Com efeito, prevê o art. 93 do CC/2002 inovação importante, que "são pertenças os bens que, não constituindo partes integrantes, se destinam, de modo duradouro, ao uso, ao serviço ou ao aformoseamento de outro". Ensina Maria Helena Diniz que as *pertenças* "são bens acessórios destinados, de modo duradouro, a conservar ou facilitar o uso ou prestar serviço ou, ainda, a servir de adorno ao bem principal, sem ser parte integrante. Apesar de acessórios, conservam sua individualidade e autonomia, tendo apenas como principal uma subordinação econômico-jurídica, pois sem haver qualquer incorporação vinculam-se ao principal para que atinja suas finalidades. São pertenças todos os bens móveis que o proprietário, intencionalmente, empregar na exploração industrial de um imóvel, no seu aformoseamento ou na sua comodidade" (*Novo Código Civil*..., 2003, p. 103).

Nesse sentido, pode-se afirmar que o que diferencia as benfeitorias das pertenças é que as primeiras são introduzidas por quem não é o proprietário, enquanto as últimas por aquele que tem o domínio. Tanto isso é verdade, a título de ilustração, que a Lei de Locação (Lei 8.245/1991) não trata das pertenças, apenas das benfeitorias quanto aos efeitos para o locatário (arts. 35 e 36). Aqui, o fundamental é apontar a relação de efeitos entre a posse e o instituto das benfeitorias. Vejamos.

Enuncia o art. 1.219 do CC/2002 que o possuidor de boa-fé tem direito à indenização das benfeitorias necessárias e úteis, bem como, quanto às voluptuárias, se não lhe forem pagas, a levantá-las, quando o puder sem detrimento da coisa. Além disso, poderá exercer o direito de retenção pelo valor das benfeitorias necessárias e úteis.

O dispositivo traz três consequências jurídicas muito claras, que devem ser aprofundadas.

A primeira delas é que o possuidor de boa-fé tem direito à indenização por benfeitorias necessárias e úteis. Será exposto o exemplo do comodatário, pois o locatário de imóvel urbano tem tratamento específico na Lei 8.241/1991 que ainda será analisado. Vigente um empréstimo de um imóvel, bem infungível ou insubstituível, o comodatário terá direito de indenização pela reforma do telhado (benfeitoria necessária) e pela grade da janela (benfeitoria útil).

Como segunda consequência, o possuidor de boa-fé não indenizado tem direito à retenção dessas benfeitorias (necessárias e úteis), o *ius retentionis*, que persiste até que receba o que lhe é devido. Tanto essa regra quanto a anterior estão inspiradas no princípio que veda o enriquecimento sem causa, o que é disciplinado pelo Código Civil de 2002, nos já transcritos arts. 884 a 886 (GOMES, Orlando. *Direitos reais*..., 2004, p. 85 – trecho atualizado por Luiz Edson Fachin).

A terceira consequência se refere às benfeitorias voluptuárias, aquelas de mero luxo ou deleite. Nos termos do art. 1.219 do Código Privado, o possuidor de boa-fé tem direito ao seu levantamento, se não forem pagas, desde que isso não gere prejuízo à coisa. Trata-se do *direito de tolher*, ou *ius tollendi*. Para ilustrar, vigente o empréstimo de um imóvel, se o comodatário introduziu um telhado na churrasqueira, que pode ser removido, não sendo essa benfeitoria paga, poderá levá-la embora, pois a retirada não desvaloriza o imóvel. O mesmo raciocínio não vale para uma piscina construída no imóvel, pois a sua retirada gerará um prejuízo ao principal. Somente as piscinas removíveis podem ser retiradas, como aquelas de plástico para brincadeira das crianças.

Seguindo essa linha, da jurisprudência, no tocante às três consequências e ao comodato:

> "Processual civil e civil. Reintegração de posse. Comodato verbal. Notificação para desocupação. Descumprimento. Esbulho. Configuração. Procedência do pedido. Benfeitorias. Indenização devida. Direito de retenção. Sentença mantida. Recurso conhecido e não provido. É possível a resilição do contrato de comodato, por tempo indeterminado, em caso de desinteresse do comodante na sua continuidade, sendo que o descumprimento do prazo indicado na notificação de desocupação do imóvel consubstancia esbulho possessório, autorizando o manejo da ação de reintegração de posse. É devida a indenização pelas benfeitorias úteis e necessárias que edificar o comodatário de boa-fé, podendo sobre elas exercer o direito de retenção. Recurso conhecido e provido" (TJMG, Apelação Cível 1.0137.06.000354-8/0031, Carlos Chagas, 17.ª Câmara Cível, Rel.ª Des.ª Márcia de Paoli Balbino, j. 27.11.2008, *DJEMG* 09.01.2009).

> "Comodato. Benfeitorias necessárias. Indenização e direito de retenção assegurados diante da boa-fé da comodatária. Aluguéis devidos desde o esbulho aos comodantes. Recurso parcialmente provido" (TJSP, Apelação 7083646-9, Acórdão 3405745, São Paulo, 15.ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Hamid Charaf Bdine Junior, j. 16.12.2008, *DJESP* 13.01.2009).

No tocante à locação de imóvel urbano, como outrora assinalado, há regras específicas relativas às benfeitorias previstas nos arts. 35 e 36 da Lei 8.245/1991.

Prescreve o art. 35 da Lei de Locação que, salvo expressa disposição em contrário, as benfeitorias necessárias introduzidas pelo locatário, ainda que não autorizadas pelo locador, bem como as úteis, estas desde que autorizadas, são indenizáveis e permitem o direito de retenção. Já as benfeitorias voluptuárias não são indenizáveis, podendo ser levantadas pelo locatário, finda a locação, desde que a sua retirada não afete a estrutura e a substância do imóvel (art. 36 da Lei 8.245/1991).

Percebe-se que a primeira regra quanto ao locatório é de ordem privada, pois tal disposição pode ser deliberada de modo diverso no contrato de locação, renunciando o locatário a tais benfeitorias, segundo previsão do próprio art. 35 da Lei 8.245/1991. A propósito, determina o Enunciado n. 15 do extinto 2.º TAC/SP que "É dispensável prova sobre benfeitorias se há cláusula contratual em que o locatário renunciou ao respectivo direito de retenção ou de indenização". Mais recentemente, a Súmula 335 do Superior Tribunal de Justiça reconhece a possibilidade de renúncia a tais benfeitorias na locação: "Nos contratos de locação, é válida a cláusula de renúncia à indenização das benfeitorias e ao direito de retenção".

Entretanto, como exposto no Volume 3 dessa coleção (Capítulo 10), assumindo o contrato de locação a forma de contrato de adesão, deve-se entender que não terá validade a cláusula de

renúncia às benfeitorias pela previsão do art. 424 do CC/2002, de aplicação subsidiária ao negócio jurídico em análise. É fundamental relembrar que, pelo último dispositivo citado do Código Civil, será nula, no contrato de adesão, qualquer cláusula que implica em renúncia prévia do aderente a direito resultante da natureza do negócio.

Analisando a questão sob o prisma do art. 35 da Lei de Locação, deve-se compreender que será nula a cláusula de renúncia às benfeitorias necessárias no contrato de locação de adesão, pois o próprio comando legal reconhece como direito inerente ao locatário-aderente a possibilidade de ser indenizado ou reter as benfeitorias necessárias – mesmo as não autorizadas –, bem como as úteis autorizadas. Fazendo *diálogo com o Código de Defesa do Consumidor*, sob a orientação da *teoria do diálogo das fontes*, constata-se que o seu art. 51, XVI, consagra a nulidade absoluta de cláusulas que preveem a renúncia às benfeitorias necessárias.

Em reforço, repise-se que o locatário é possuidor de boa-fé, tendo direito de retenção ou de ser indenizado pelas benfeitorias necessárias e úteis. Como se pode perceber, há uma hipótese em que a parte está renunciando a um direito que lhe é inerente, o que pode motivar a nulidade da cláusula. Adotando tais premissas, na *V Jornada de Direito Civil* aprovou-se o Enunciado n. 433 CJF/STJ, a saber: "Art. 424. A cláusula de renúncia antecipada ao direito de indenização e retenção por benfeitorias necessárias é nula em contrato de locação de imóvel urbano feito nos moldes do contrato de adesão".

Um argumento contrário ao que está sendo defendido poderia sustentar que uma norma geral constante do Código Civil (art. 424) não pode sobrepor-se a uma norma especial prevista em *microssistema jurídico* próprio, aplicável às relações locatícias que têm como objeto imóveis urbanos (art. 35 da Lei 8.245/1991). Para tanto, poderia ser até invocado o art. 2.036 do CC/2002, que traz a regra pela qual a lei específica em questão continua sendo aplicável às locações de imóvel urbano.

Mas a questão não é tão simples assim. Na realidade, o art. 424 do CC/2002 é norma especial, *especialíssima*, com maior grau de especialidade que o art. 35 da Lei de Locação. Isso porque o comando legal em questão é aplicável aos contratos de locação que assumem a forma de adesão, modalidade especial de contratação dentro desses contratos de locação. Portanto, deverá prevalecer o que consta no Código Civil atual. De fato, o Código Civil, em si, é norma geral, mas está repleto de normas gerais e especiais. Entre essas últimas, estão os comandos legais previstos para os contratos de adesão, quais sejam os arts. 423 e 424. No que concerne ao art. 2.036 do CC/2002, este somente impede a aplicação das normas previstas no atual Código Civil (arts. 565 a 578) em relação à locação de imóveis urbanos.

Ainda quanto ao possuidor de boa-fé, na *I Jornada de Direito Civil* foi aprovado o Enunciado n. 81 CJF/STJ, preceituando que o direito de retenção previsto no art. 1.219 do CC, decorrente da realização de benfeitorias necessárias e úteis, também se aplica às acessões (plantações e construções) nas mesmas circunstâncias. Sendo assim, mesmo com a diferenciação antes apontada, entre os conceitos de benfeitorias e acessões, aqui, os efeitos jurídicos são os mesmos. O enunciado doutrinário aprovado, na verdade, apenas confirma parte do entendimento jurisprudencial consolidado, inclusive quanto ao direito de indenização das acessões. Por todos os julgados, podem ser colacionadas as seguintes ementas:

“Reivindicatória. Terras devolutas. Pontal do Paranapanema. 4.º Perímetro de Presidente Venceslau (antigo 9.º Perímetro). Imóvel transcrito em nome da Fazenda em 1958. Transcrição imobiliária também em nome dos réus. Benfeitorias e acessões. Sentença de procedência, com pagamento das benfeitorias, sem direito de retenção. Retenção. Definida a existência de posse, a boa-fé e o justo título, não vejo razão para excluir os réus da proteção do art. 516 do CC, no caso a indenização das benfeitorias e o direito de retenção. A retenção aqui se faz necessária; a terra será destinada a assentamento de trabalhadores rurais não sendo razoável que o Estado e tais trabalhadores tenham o usufruto imediato das benfeitorias feitas pelos réus, enquanto estes, que as edificaram, são remetidos à longa e custosa judicial. Aparto-me da sentença: é posse com justo título e boa-fé e os réus têm direito de retenção na forma do antigo art. 516, atual art. 1.219 do CC. Provimento parcial do recurso da Fazenda e do reexame necessário para, ante a sucumbência total dos réus, inverter a sucumbência. Provimento parcial do recurso dos réus para reconhecer seu direito de retenção as benfeitorias úteis e necessárias, nos termos do art. 1.219, antigo art. 516 do CC” (TJSP, Apelação Cível 287.115-5/8, Presidente Venceslau, 7.ª Câmara de Direito Público, Rel. Torres de Carvalho, 07.03.2005, v.u.).

“Reivindicatória. Requisitos. Autores que comprovaram a propriedade sobre o imóvel. Notificação ao réu apelante para a desocupação do imóvel. Ocorrência. Procedência da reivindicatória. Comprovação do domínio do autor e a posse sem justo título do réu. Ocorrência. Boa-fé do réu que se evidencia pela ocupação do imóvel com concordância do então proprietário. Acessões. Direito de indenização reconhecido. Procedência em parte da reconvenção. Recurso provido em parte” (TJSP, Apelação Cível 354.847-4/7-00, São José dos Campos, 3.ª Câmara de Direito Privado, Rel. Beretta da Silveira, 18.04.2006, v.u., Voto 10.340).

Mais recentemente, do mesmo Tribunal de Justiça de São Paulo, aplicando o enunciado e o entendimento esposado na presente obra: “Direitos reais. Reivindicatória. Indenização pelas casas construídas. Função social da propriedade. Inteligência do enunciado 81 da I Jornada de Direito Civil. Precedentes do STJ. Equiparação das acessões com as benfeitorias úteis em relação ao direito de retenção. Evidências de boa-fé. Recurso improvido” (TJSP, Apelação Cível 531.997.4/0-00, 9.ª Câmara de Direito Privado, Rel. José Luiz Gavião de Almeida, j. 10.03.2009, Data de registro: 03.04.2009).

No que toca ao possuidor de má-fé, é clara a regra do art. 1.220 do CC/2002, nos seguintes termos: “Ao possuidor de má-fé serão ressarcidas somente as benfeitorias necessárias; não lhe assiste o direito de retenção pela importância destas, nem o de levantar as voluptuárias”. O que se percebe é que o possuidor de má-fé não tem qualquer direito de retenção ou de levantamento. Com relação à indenização, assiste-lhe somente direito quanto às necessárias.

A última regra tem justo motivo. Imagine-se o caso do invasor de um imóvel. Percebendo que o telhado (benfeitoria necessária) está em péssimo estado de conservação, o que pode comprometer a própria estrutura do imóvel, esse possuidor de má-fé o troca. Ora, no caso em questão a posse é de má-fé quanto à origem, mas a conduta de troca do telhado é movida pela boa-fé, em sentido objetivo. Há, portanto, uma justaposição da boa-fé objetiva em relação à má-fé subjetiva, o que ampara o sentido do comando legal. Concluindo da mesma forma, mas percorrendo outro caminho, na doutrina contemporânea, comenta Francisco Loureiro que:

“Embora de má-fé, as benfeitorias necessárias devem ser indenizadas, porque destinadas à conservação da coisa, evitando a sua perda ou deterioração. Via de consequência, caso a coisa permanecesse em poder do retomante, este também deveria fazê-las, porque indispensáveis à própria preservação. É por isso que o legislador determina o ressarcimento, uma vez que não há nexo entre a posse de má-fé e as benfeitorias necessárias. Quem quer que estivesse com a posse deveria fazê-las e a ausência de indenização consagraria o enriquecimento sem causa do retomante” (*Código Civil*..., 2007, p. 1.031).

Finalizando a questão dos efeitos jurídicos relativos às benfeitorias, prevê o art. 1.222 do CC/2002 que o reivindicante da coisa, obrigado a indenizar as benfeitorias ao possuidor de má-fé, tem o direito de optar entre o seu valor atual e o seu custo. Já ao possuidor de boa-fé indenizará pelo valor atual da coisa.

A norma acaba dando tratamento diferenciado em relação aos possuidores de boa e má-fé, o que motivou críticas doutrinárias no passado, particularmente de Clóvis Beviláqua. De qualquer modo, o tratamento diferenciado deve ser observado e também tem a sua razão de ser.

Ilustrando, o proprietário que ingressou com a ação de reintegração de posse contra o comodatário (possuidor de boa-fé) indenizará este pelo valor atual das benfeitorias necessárias e úteis. Se a ação possessória foi proposta contra o invasor do imóvel (possuidor de má-fé), o autor poderá optar entre pagar o valor atual ou o de custo, aquilo que lhe for mais interessante.

2.3.3 As responsabilidades

O Código Civil de 2002, a exemplo do seu antecessor, continua trazendo regras relativas às responsabilidades do possuidor, considerando-o como de boa ou de má-fé.

De início, preceitua o art. 1.217 do CC/2002 que o possuidor de boa-fé não responde pela perda ou deterioração da coisa, a que não der causa. Assim sendo, a responsabilidade do possuidor de boa-fé, quanto à coisa, depende da comprovação da culpa em sentido amplo (*responsabilidade subjetiva*), o que engloba o dolo (intenção de prejudicar, ação ou omissão voluntária) e a culpa em sentido estrito (desrespeito a um dever preexistente, por imprudência, negligência ou imperícia).

Por outro lado, segundo o art. 1.218, o possuidor de má-fé responde pela perda ou deterioração da coisa, ainda que acidentais, salvo se provar que de igual modo se teriam dado, estando ela na posse do reivindicante. A responsabilidade do possuidor de má-fé é objetiva, independentemente de culpa, a não ser que prove que a coisa se perderia mesmo se estivesse com o reivindicante. O dispositivo acaba consagrando a responsabilidade do possuidor de má-fé mesmo por caso fortuito (evento totalmente imprevisível) ou força maior (evento previsível, mas inevitável), havendo uma aproximação com a *teoria do risco integral*.

A título de ilustração, no caso do comodatário (possuidor de boa-fé), este somente responderá pela perda da coisa havendo dolo ou culpa. Não pode responder, por exemplo, pelo assalto do veículo à mão armada, levando o criminoso o bem consigo. Já o criminoso que leva a coisa (possuidor de má-fé) responde por ela, se for atingida por um objeto em local onde não estaria o proprietário ou possuidor.

Ambos os dispositivos mantém paralelo com outros comandos legais, relativos ao Direito das Obrigações.

Quanto ao art. 1.217, pode ser citado o art. 238 do Código Civil, cuja redação é a seguinte: “Se a obrigação for de restituir coisa certa, e esta, sem culpa do devedor, se perder antes da tradição, sofrerá o credor a perda, e a obrigação se resolverá, ressalvados os seus direitos até o dia da perda”. Ora, o último dispositivo também serve para explicar que o comodatário não responde se o veículo foi levado à mão armada, que tem origem na antiga máxima pela qual a coisa perece para o dono (*res perit domino*).

Pelo que consta do art. 1.218, e quanto ao direito obrigacional, pode ser invocado, em paralelo, o art. 399, segundo o qual “O devedor em mora responde pela impossibilidade da prestação, embora essa impossibilidade resulte de caso fortuito ou de força maior, se estes ocorrerem durante o atraso; salvo se provar isenção de culpa, ou que o dano sobreviria ainda quando a obrigação fosse

oportunamente desempenhada". O Código Civil, assim, traz tratamento muito próximo entre o devedor em mora e o possuidor de má-fé. A comparação se justifica, pois a má-fé tem o condão de induzir à culpa, justificando-se a ampliação de responsabilidades.

Em reforço, no que interessa às responsabilidades, segundo o art. 1.221 do CC/2002, as benfeitorias compensam-se com os danos, e só obrigam ao ressarcimento se ao tempo da evicção ainda existirem. O comando possibilita, portanto, que as benfeitorias necessárias a que teria direito o possuidor de má-fé sejam compensadas com os danos sofridos pelo reivindicante, hipótese de *compensação legal*, pela reciprocidade de dívidas (TJSP, Apelação com revisão 593.220.4/0, Acórdão 3696219, Itapetininga, 3.ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Donegá Morandini, j. 23.06.2009, *DJESP* 14.07.2009). Porém, se a benfeitoria não mais existia quando a coisa se perdeu, não há que se falar em compensação e muito menos em sua indenização.

2.3.4 O direito à usucapião

Para encerrar os efeitos jurídicos materiais relativos à posse, é preciso trazer palavras iniciais quanto à usucapião. Isso se justifica, principalmente, pela questão didática, pois deve ficar bem claro que o direito à usucapião é um dos principais efeitos decorrentes da posse. O clássico Lafayette Rodrigues Pereira, o Conselheiro Lafayette, define a usucapião da seguinte forma:

> "A prescrição aquisitiva (*usucapio*) é incontestavelmente um modo particular de adquirir o domínio. Em verdade ela cria para o prescribente direitos que não preexistiram no seu patrimônio. Se esses direitos pudessem ser atribuídos a outra causa geradora, como à ocupação, testamento, ou tradição; a prescrição ficaria sem objeto, porquanto o seu ofício é exatamente o de suprir a omissão ou a insuficiência dos outros modos de adquirir. Neste sentido, definem os jurisconsultos: 'modo de adquirir a propriedade pela posse continuada durante um certo lapso de tempo, com os requisitos estabelecidos em lei'" (*Direito das coisas*..., 2004, v. I, p. 220).

O Código Civil, em relação à propriedade imóvel, consagra as seguintes modalidades de usucapião de bem imóvel: a) *usucapião ordinária* (art. 1.242 do CC); b) *usucapião extraordinária* (art. 1.238 do CC); c) *usucapião especial rural* (art. 1.239 do CC, já prevista anteriormente na Constituição Federal); e d) *usucapião especial urbana* (art. 1.240 do CC, também constante do Texto Maior). Além dessas formas de usucapião, serão analisadas a *usucapião indígena* (Lei 6.001/1973 – Estatuto do Índio) e a *usucapião coletiva* (Lei 10.257/2001 – Estatuto da Cidade). Há ainda uma *usucapião administrativa*, sem ação judicial, tratada pelo art. 60 da Lei Minha Casa, Minha Vida (Lei 11.977/2009).

Quanto à propriedade móvel, o Código de 2002 continua tratando das formas *ordinária* e *extraordinária*, nos arts. 1.260 e 1.261. Há ainda tratamento específico da usucapião de servidões, no polêmico art. 1.376 do atual Código. Todos os institutos, seus requisitos, seus efeitos, suas consequências, serão estudados no Capítulo 3 da presente obra.

2.4 EFEITOS PROCESSUAIS DA POSSE

Não obstante a existência de efeitos materiais, a posse ainda gera efeitos instrumentais ou processuais. Por isso, intenso é o diálogo com o Direito Processual Civil, sendo interessante, em sede preliminar, invocar a teoria do *diálogo das fontes*.

A tese do *diálogo das fontes* foi desenvolvida, na Alemanha, pelo jurista Erik Jayme e trazida ao Brasil pela Professora Titular da Universidade Federal do Rio Grande do Sul Cláudia Lima Marques. A tese é plenamente justificada pela atualidade pós-moderna de *explosão legislativa* (*Big Bang Legislativo*, segundo a simbologia de Ricardo Lorenzetti).

Para essa realidade, de inúmeras e até incontáveis leis, deve-se buscar um caminho metodológico a partir de uma visão unitária do sistema, em que as normas admitem um *diálogo de complementaridade*, em algumas situações, ou seja, uma compatibilidade. Assim sendo, não se pode dizer, apressadamente, que uma norma revogou a outra, ou que ambas não admitem uma coexistência no ordenamento jurídico.

Quanto às razões filosóficas e sociais da aplicação da tese, a renomada professora gaúcha ensina que:

> "Segundo Erik Jayme, as características da cultura pós-moderna no direito seriam o pluralismo, a comunicação, a narração, o que Jayme denomina de 'le retour des sentiments', sendo o *Leitmotiv* da pós-modernidade a valorização dos direitos humanos. Para Jayme, o direito como parte da cultura dos povos muda com a crise da pós-modernidade. O pluralismo manifesta-se na multiplicidade de fontes legislativas a regular o mesmo fato, com a descodificação ou a implosão dos sistemas genéricos normativos ('Zersplieterung'), manifesta-se no pluralismo de sujeitos a proteger, por vezes difusos, como o grupo de consumidores ou os que se beneficiam da proteção do meio ambiente, na pluralidade de agentes ativos de uma mesma relação, como os fornecedores que se organizam em cadeia e em relações extremamente despersonalizadas. Pluralismo também na filosofia aceita atualmente, onde o diálogo é que legitima o consenso, onde os valores e princípios têm sempre uma dupla função, o 'double coding', e onde os valores são muitas vezes antinômicos. Pluralismo nos direitos assegurados, nos direitos à diferença e ao tratamento diferenciado aos privilégios dos 'espaços de excelência' (JAYME, Erik. Identité culturelle et intégration: le droit internacionale privé postmoderne, p. 36 e ss.)" (MARQUES, Cláudia Lima. *Comentários*..., 2004, p. 24).

No tocante ao Direito Civil e ao Direito Processual Civil, este diálogo tornou-se mais constante com a entrada em vigor do Código Civil de 2002. Isso porque a atual codificação está repleta de normas de cunho processual, o que faz com que surjam obras que buscam essa aproximação entre o direito material e o direito processual, o que é plenamente sadio para o crescimento da Ciência.

A partir dessa visão, não cabe mais tachar o jurista como *civilista* ou *processualista*, no sentido de que não é possível que um estudioso de uma área dê pareceres sobre a outra. A formação interdisciplinar afasta qualquer afirmação nesse sentido. Quanto à principiologia e aos fundamentos de cada disciplina, obviamente, devem ser preservados.

De acordo com essa visão, a presente obra abordará, a partir de agora, essas tentativas de diálogos de complementaridade no tocante às duas áreas do Direito, particularmente no estudo dos efeitos da posse.

2.4.1 A faculdade de invocar os interditos possessórios

Os interditos possessórios são as ações possessórias diretas. O possuidor tem a faculdade de propor essas demandas objetivando manter-se na posse ou que esta lhe seja restituída. Para tanto, devem ser observadas as regras processuais previstas a partir do art. 920 do CPC.

O que se percebe, na prática, são três situações concretas que possibilitam a propositura de três ações correspondentes, apesar da falta de rigidez processual em relação às medidas judiciais cabíveis:

– No caso de *ameaça* à posse (risco de atentado à posse) = caberá *ação de interdito proibitório*.
– No caso de *turbação* (atentados fracionados à posse) = caberá *ação de manutenção de posse*.
– No caso de *esbulho* (atentado consolidado à posse) = caberá *ação de reintegração de posse*.

Aprofundando, na *ameaça* não há ainda qualquer atentado concretizado, como no caso dos integrantes de um movimento popular que se encontram acampado próximo a uma propriedade, sem que esta seja invadida – situação de mero risco. Por oportuno, vale lembrar que, conforme a Súmula 228 do Superior Tribunal de Justiça "É inadmissível o interdito proibitório para a proteção do direito autoral". Em suma, no tocante aos direitos de autor, a medida preventiva não é cabível, eis que não seria possível a posse sobre bens imateriais ou direitos da personalidade, como ocorre com os direitos em questão.

Na *turbação* já houve atentado à posse em algum momento, como, por exemplo, no caso dos integrantes desse mesmo movimento popular que levam os cavalos para pastar na fazenda que será invadida, sem ainda adentrá-la de forma definitiva.

Por fim, no *esbulho*, houve o atentado definitivo. Os integrantes do movimento popular adentraram na fazenda e lá se estabeleceram. Frise-se que, nos casos ilustrativos, a fazenda é utilizada pelo proprietário, que cumpre a sua função social, razão pela qual os atentados à posse devem ser considerados ilegítimos. Não se trata, portanto, de propriedade improdutiva, em seu sentido social.

As três medidas cabíveis são autorizadas pelo art. 1.210, *caput*, do atual CC/2002, *in verbis*: "O possuidor tem direito a ser mantido na posse em caso de turbação, restituído no de esbulho, e segurado de violência iminente, se tiver justo receio de ser molestado". Como se pode perceber, no caso de *ameaça*, a *ação de interdito proibitório* visa à *proteção* do possuidor de perigo iminente. No caso de *turbação*, a *ação de manutenção de posse* tende à sua *preservação*. Por fim, no caso de *esbulho*, a *ação de reintegração de posse* almeja a sua *devolução*.

Do ponto de vista prático, é interessante aqui esclarecer que, no caso de invasão parcial de um terreno, a ação cabível não é a de manutenção de posse, mas a de reintegração. Concluindo dessa maneira, interessante transcrever o entendimento jurisprudencial relativo à invasão parcial de uma faixa reservada ao domínio público:

"Possessória. Reintegração de posse. Sabesp. Liminar indeferida pela incerteza de que o esbulho ocorreu a menos de ano e dia. Inadmissibilidade. Invasão parcial de faixa reservada. Passagem de adutora. Inegável a impossibilidade de ocupação particular clandestina em área com destinação especial. Ademais, os bens públicos são insusceptíveis de apropriação pelos particulares, de forma que a posse de mais de ano e dia não gera qualquer direito subjetivo de permanência. Recurso provido" (TJSP, Agravo de Instrumento 592.232-5/0, São Paulo, 10.ª Câmara de Direito Público, Rel. Teresa Ramos Marques, 06.11.2006, v.u., Voto 5.333).

De qualquer forma, as diferenças práticas em relação às três ações pouco interessam, eis que o art. 920 do CPC consagra a *fungibilidade total* entre as três medidas, nos seguintes termos: "A propositura de uma ação possessória em vez de outra não obstará a que o juiz conheça do pedido e outorgue a proteção legal correspondente àquela, cujos requisitos estejam provados". Pelo que consta do dispositivo instrumental, uma ação possessória pode ser convertida em outra livremente, se for alterada a situação fática que a fundamenta, ou seja, há a possibilidade de *transmudação de uma ação em outra*. Essa conversão também é possível nos casos em que o autor da ação possessória se engana quanto à medida cabível, havendo um desapego ao rigor formal, o que é aplicação do *princípio da instrumentalidade das formas*. Nessa linha de raciocínio, é interessante transcrever

outro julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo, bem ilustrativo a respeito da fungibilidade:

"Possessória. Bem imóvel. Construção do réu adentrando parte da propriedade do autor. Propositura de ação de manutenção de posse c/c pedido alternativo de desfazimento da obra ou indenização pela faixa de terreno invadida. Superveniente conversão, pelo Juiz, desta ação em ação de nunciação de obra nova. Descabimento. Ação no caso que é de reintegração de posse c/c pedido alternativo de desfazimento da obra ou indenização pela faixa de terreno invadida. Réu que praticou esbulho, excluindo totalmente a posse do autor, embora somente de parte do imóvel. Prosseguimento da ação devido, ante o princípio da fungibilidade das ações possessórias. Recurso provido em parte" (TJSP, Agravo de Instrumento 7.080.226-5, Indaiatuba, 23.ª Câmara de Direito Privado, Rel. Oséas Davi Viana, 08.11.2006, v.u., Voto 8.381).

Explicando essa fungibilidade, comenta Antonio Carlos Marcato que "Essa fungibilidade é justificável, posto que o autor pleiteia, junto ao órgão jurisdicional, a proteção possessória pertinente e idônea, sendo irrelevante, portanto, uma vez demonstrada a ofensa à sua posse, tenha ele originalmente requerido a proteção diversa daquela adequada à solução da injusta situação criada pelo réu. Aliás, por diversas vezes o autor promove ação em razão de determinada conduta do réu e esta vem a ser modificada no curso do processo, impondo ao juiz, demonstrada tal circunstância, a concessão da proteção possessória pertinente" (*Procedimentos*..., 1999, p. 116). As palavras do Professor da USP são precisas.

Em um intenso *diálogo entre as fontes*, é preciso relacionar as ações possessórias à classificação da posse quanto ao tempo. Isso porque, se no caso concreto, a ameaça, a turbação e o esbulho forem *novos*, ou seja, tiverem menos de um ano e um dia, caberá a *ação de força nova*: o respectivo interdito possessório seguirá o rito especial, cabendo liminar nessa ação. Por outra via, se a ameaça, a turbação e o esbulho forem *velhos*, com pelo menos um ano e um dia, caberá *ação de força velha*, que segue o rito ordinário, não cabendo a respectiva liminar. Essas conclusões são orientadas pela redação do art. 924 do CPC, a seguir destacado:

"Art. 924. Regem o procedimento de manutenção e de reintegração de posse as normas da seção seguinte, quando intentado dentro de ano e dia da turbação ou do esbulho; passado esse prazo, será ordinário, não perdendo, contudo, o caráter possessório".

Na doutrina processual, essas decorrências são muito bem explicadas por Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery, no sentido de que há uma compatibilidade entre esse comando processual e o art. 1.210 do CC/2002. Salientam os juristas que como o atual Código Civil não reproduziu a antiga regra do art. 523 do CC/1916, a matéria ficou consolidada no dispositivo processual (*Código de Processo Civil*..., 2006, p. 994). Essa consolidação aqui antes foi demonstrada, quando do estudo da classificação da posse.

Em suma, a *ação de força nova* é aquela que segue as regras de procedimento especial previstas entre os atuais arts. 920 a 932 do Estatuto Processual.

De início, o art. 921 do CPC trata da possibilidade de cumulação, ao pedido possessório, de:

a) condenação em perdas e danos;

b) cominação de pena para caso de nova turbação ou esbulho;

c) desfazimento de construção ou plantação feita em detrimento de sua posse.

O inc. I do art. 921 do CPC estabelece ser viável a cumulação da ação possessória de força nova com a correspondente indenização por perdas e danos, que incluem, em regra, os danos emergentes

(o que a pessoa efetivamente perdeu) e os lucros cessantes (o que a pessoa razoavelmente deixou de lucrar), nos termos dos arts. 402 a 404 do CC. Mas além desses danos materiais ou patrimoniais, deve-se entender que cabe indenização por danos morais, se o possuidor que sofreu o atentado à posse sofreu uma lesão aos direitos da personalidade. Reconhecendo essa reparação imaterial, cabe transcrição de interessante julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

"Ação de reintegração de posse cumulada com perdas e danos. Compra e venda de veículo automotor. Transferência de propriedade pelo novo proprietário e comunicação de venda pelo antigo não efetivadas perante o Detran. Culpa concorrente da autora. Indenização por danos morais. Cabimento. Falta de comprovação dos danos materiais. Esbulho praticado pelo antigo proprietário. Apelação parcialmente provida" (TJRS, Processo 70011500774, Data: 14.09.2006, Órgão julgador: Décima Quarta Câmara Cível, Juiz Relator Sejalmo Sebastião de Paula Nery, Origem: Comarca de Canoas).

Entretanto, deve ser feita a ressalva de que tais danos devem ser evidenciados no caso concreto. Como reconhece o Enunciado n. 159 CJF/STJ, aprovado na *III Jornada de Direito Civil*, os danos morais não se confundem com os meros aborrecimentos decorrentes do dia a dia, principalmente com aqueles decorrentes de prejuízo material. Do mesmo Tribunal gaúcho, reconhecendo pela não existência de danos morais, em discussão em ação de reintegração de posse, cumpre transcrever: "Ação de reintegração de posse cumulada com indenização por danos morais. Aparelho rádio gravador. Conserto em oficina. Demora injustificada na entrega do objeto. Pretensão reintegratória reconhecida em sentença. Danos morais. Descabimento. Demandante que superdimensiona o fato. Incômodo que não possui relevância. Dano moral não configurado. Sentença integralmente mantida, inclusive no tocante à verba honorária. Apelo desprovido" (TJRS, Processo 70016062044, Data: 16.08.2006, Órgão julgador: Vigésima Câmara Cível, Juiz relator: José Aquino Flores de Camargo, Origem: Comarca de São Leopoldo).

O inc. II do art. 921 do CPC trata da cominação de pena em caso de turbação ou esbulho. Essa pena constitui a multa (*astreintes*), geralmente fixada nas ações possessórias e de forma diária. No interdito proibitório e na ação de manutenção de posse, essa multa tem um cárter fundamental, sendo para esse o fim da liminar a ser deferida pelo juiz. O caráter dessa multa, aqui, é coercitivo, evitando-se a ocorrência de novos atentados à posse.

Ato contínuo, o inc. III do art. 921 do CPC possibilita, na ação possessória, o desfazimento de construção ou plantação feita em detrimento da posse do autor da ação, um pedido subsidiário de obrigação de fazer. Não sendo possível essa demolição, o autor da ação poderá pleitear a conversão em perdas e danos, como reconhece a melhor jurisprudência:

"Demolitória. Edificação irregular. Ação cumulada com reintegração de posse. Obra edificada pelo requerido. Invasão do imóvel do requerente em 18 (dezoito) centímetros. Desfazimento da obra. Prejuízo desproporcional ao direito. Conversão em perdas e danos. Apropriação pelo requerido da parte do imóvel do requerente sob a alegação de aquiescência do proprietário anterior ao projeto apresentado à municipalidade. Desacolhimento, eis que a aludida anuência foi dada ao projeto e não à ocupação de parte de seu imóvel pelo acionado, sendo ainda certo que, para valer contra terceiros ou sucessores, a alteração das medidas do imóvel do requerente, por eventual concordância do antigo proprietário, deveria estar averbada no Registro Imobiliário. Sentença de improcedência reformada. Recurso parcialmente provido" (TJSP, Apelação Cível com Revisão 876.292-0/4, São José dos Campos, 34.ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Irineu Pedrotti, 25.10.2006, v.u., Voto 8.959).

Segundo o art. 922 do CPC, é lícito ao réu, na contestação do interdito possessório, alegando que foi o ofendido em sua posse, demandar a proteção possessória e a indenização pelos prejuízos resultantes da turbação ou do esbulho cometido pelo autor. Pelo que consta desse dispositivo, e isso

é notório, as ações possessórias diretas têm *natureza dúplice*, cabendo pedido contraposto em favor do réu para que a sua posse seja protegida no caso concreto. Esse pedido contraposto pode ser de proibição, de manutenção ou mesmo de reintegração da posse em seu favor. Portanto, está totalmente dispensada a necessidade de uma reconvenção para a aplicação das medidas previstas no art. 922 do Estatuto Processual. Porém, como adverte a doutrina, caso o réu pretenda outra consequência jurídica, que não seja a proteção da posse ou a indenização por perdas e danos, deverá ingressar com ação declaratória incidental (NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil*..., 2003, p. 991).

Superado esse ponto, preconiza o art. 923 do CPC que na pendência do processo possessório é defeso assim ao autor como ao réu intentar a ação de reconhecimento do domínio. Entretanto, não obsta à manutenção ou à reintegração na posse a alegação de domínio ou de outro direito sobre a coisa.

O dispositivo processual, assim, já previa que a alegação de exceção de domínio (*exceptio proprietatis*) não bastava para a improcedência da ação possessória. Aquela regra foi repetida, em sentido próximo, pelo § 2.º do art. 1.210 do CC, pelo qual "Não obsta à manutenção ou reintegração na posse a alegação de propriedade, ou de outro direito sobre a coisa". O que se entende é que o Código Civil de 2002 consolidou a inviabilidade da alegação de domínio, ou de propriedade, em sede de ação possessória, ou seja, trouxe uma divisão entre os juízos possessório (em que se discute a posse) e petitório (em que se discute a propriedade).

Nessa linha de raciocínio, estatui o Enunciado n. 78 CJF/STJ, aprovado na *I Jornada de Direito Civil*, que "Tendo em vista a não recepção, pelo novo Código Civil, da *exceptio proprietatis* (art. 1.210, § 2.º) em caso de ausência de prova suficiente para embasar decisão liminar ou sentença final ancorada exclusivamente no *ius possessionis*, deverá o pedido ser indeferido e julgado improcedente, não obstante eventual alegação e demonstração de direito real sobre o bem litigioso". Destaque-se que o art. 505 do CC/1916, norma que não tem correspondente no atual Código Civil, foi revogado, não cabendo mais a prevalência da propriedade e do domínio sobre a posse. Enunciava o dispositivo do Código anterior que "Não obsta à manutenção, ou reintegração na posse, a alegação de domínio, ou de outro direito sobre a coisa. Não se deve, entretanto, julgar a posse em favor daquele a quem evidentemente não pertencer o domínio". Pode-se dizer que a última regra não mais persiste.

Mais do que isso, arremata o Enunciado n. 79 CJF/STJ, da mesma *I Jornada de Direito Civil*: "A *exceptio proprietatis*, como defesa oponível às ações possessórias típicas, foi abolida pelo Código Civil de 2002, que estabeleceu a absoluta separação entre os juízos possessório e petitório". Em outras palavras, a ação possessória é a via adequada para a discussão da posse; enquanto que a ação petitória é a via adequada para a discussão da propriedade e do domínio, não sendo possível *embaralhar* as duas vias. Pode-se afirmar, em conclusão, que está prejudicada a redação da Súmula 487 do STF, pela qual "Será deferida a posse a quem, evidentemente, tiver o domínio, se com base neste for a disputa". Isso porque não é possível discutir a posse em ação de discussão do domínio.

O julgado a seguir, do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, traz interessante interpretação da questão, além de adentrar na discussão da função social da posse:

"Civil. Direito das coisas. Posse. Separação entre os juízos petitório e possessório. Vedação à exceção de domínio. Ingresso em

imóvel abandonado. Ausência do vício objetivo da clandestinidade. Publicidade da ação. Posse justa. Esbulho descaracterizado. Função social da posse. Direito constitucional à moradia. Dignidade da pessoa humana. 1. Nas ações possessórias veda-se a discussão de domínio, já que a causa de pedir e o pedido devem versar exclusivamente sobre posse, independentemente da alegação de propriedade, ou de outro direito sobre a coisa. 2. No juízo possessório, portanto, não poderá o juiz conhecer da alegação, em defesa, do direito de propriedade (exceção de domínio), operando-se, assim, uma total separação, no direito vigente, entre *ius possessioni* e *ius possidendis*. 3. O ingresso público e ostensivo em imóvel abandonado, no qual o atual possuidor constrói sua residência, concedendo ao bem função social, descaracteriza o vício objetivo da clandestinidade e afasta, consequentemente, a alegação de esbulho. 4. Em circunstâncias tais, a posse insere-se entre os direitos da personalidade, na medida em que concede efetividade ao direito social à moradia (artigo 6.º da Constituição Federal de 1988) e oportuniza, ao cidadão, acesso a bens vitais mínimos capazes conferir dignidade à pessoa humana (artigo 1.º, inciso III, da Constituição Federal), fomentando, consequentemente, o desenvolvimento da entidade familiar. 5. Recurso conhecido e provido, sentença reformada" (TJDF, Processo: Apelação cível no Juizado Especial 20040510087275ACJ-DF, Acórdão: 214868, Órgão julgador: Segunda Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do DF, Data: 11.05.2005, Rel. João Batista, *DJDF* 20.05.2005, p. 149).

Ainda quanto ao tema, como se verá, essa separação não é tão absoluta assim, particularmente quando se estuda a *desapropriação judicial privada por posse-trabalho* (art. 1.228, §§ 4.º e 5.º, do CC). Ademais, apesar dessa impossibilidade de debate sobre o domínio em sede de ação possessória, a jurisprudência superior admite a discussão do conteúdo de cláusulas contratuais em sede de ação possessória. Nesse sentido, ementa do Superior Tribunal de Justiça merece destaque:

"Discussão sobre cláusulas contratuais. Processual Civil – Reintegração de Posse – Arrendamento Mercantil – Discussão das cláusulas contratuais – Matéria de defesa – Possibilidade. 1 – Cabível a discussão das cláusulas contratuais como matéria de defesa em ação de reintegração de posse. 2 – Agravo Regimental desprovido" (STJ, AgRg no REsp nº 913.545/PR, 4.ª Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha, julgado em 10.11.2009; v.u.).

O art. 925 do CPC trata da caução a ser fixada no curso do interdito possessório. Enuncia esse comando processual que "Se o réu provar, em qualquer tempo, que o autor provisoriamente mantido ou reintegrado na posse carece de idoneidade financeira para, no caso de decair da ação, responder por perdas e danos, o juiz assinar-lhe-á o prazo de 5 (cinco) dias para requerer caução sob pena de ser depositada a coisa litigiosa". Essa caução pode ser real ou pessoal (fidejussória), devendo ser sempre idônea, conforme aponta a doutrina (NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil*..., 2003, p. 995). Conforme a jurisprudência, a análise dessa caução é feita livremente pelo juiz, de acordo com o seu poder discricionário, para evitar prejuízos futuros (TJSP, Agravo de Instrumento 7000039-8/00, Osasco, Rel. Sorteado Newton de Oliveira Neves, 16.ª Câmara de Direito Privado, j. 05.04.2005).

Superadas essas regras gerais, o Código Processual passa a trazer previsões específicas relativas às *ações possessórias diretas*.

No que toca às ações de manutenção e de reintegração de posse, estabelece o art. 926 que o possuidor tem direito a ser mantido na posse em caso de turbação e reintegrado no de esbulho. Para tanto, nos termos do art. 927 do CPC, incumbe ao autor da ação provar: *a)* a sua posse; *b)* a turbação ou o esbulho praticado pelo réu; *c)* a data da turbação ou do esbulho; *d)* a continuação da posse, embora turbada, na ação de manutenção; a perda da posse, na ação de reintegração. Esses dados devem constar da petição inicial, sob pena de sua inépcia, conforme o art. 295, parágrafo único, I, do mesmo CPC.

A possibilidade de concessão de liminar *inaudita altera parte* (sem ouvir a outra parte) nas ações possessórias diretas está prevista no art. 928 do CPC, cuja redação é a seguinte: "Estando a petição inicial devidamente instruída, o juiz deferirá, sem ouvir o réu, a expedição do mandado liminar de

manutenção ou de reintegração; no caso contrário, determinará que o autor justifique previamente o alegado, citando-se o réu para comparecer à audiência que for designada”.

A audiência mencionada é a notória *audiência de justificação*, tão comum nas ações possessórias. Com relação a essa audiência, prescreve o art. 929 do CPC que, julgando procedente a justificação, o juiz fará logo expedir mandado de manutenção ou de reintegração de posse.

Ao discutir a natureza jurídica da liminar, comentam Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery que ela “tem caráter de adiantamento do resultado do pedido de proteção possessória. A concessão da liminar funciona como se o juiz tivesse julgado procedente o pedido, liminar, antecipada e provisoriamente, até que seja feita a instrução e sobrevenha a sentença. A única semelhança com a cautelar é o atributo da provisoriedade, já que o juiz pode revogar a liminar e concedê-la, novamente, se for o caso, ou a propósito do juízo de retratação, se for interposto agravo de instrumento” (*Código de Processo Civil*..., 2006, p. 997). Também para Alexandre Freitas Câmara os efeitos da liminar são os mesmos dos concedidos por uma sentença de procedência da ação. Trata-se, portanto, de uma tutela antecipada (*Lições*..., 2005, v. III, p. 394). Este autor também pensa da mesma forma.

Em complemento, enuncia o parágrafo único do art. 929 do CPC que, contra as pessoas jurídicas de direito público não será deferida a manutenção ou a reintegração liminar sem prévia audiência dos respectivos representantes judiciais. Assim, a União, os Estados e os Municípios devem antes ser ouvidos para depois ser concedida, eventualmente, a liminar. A norma, sem dúvidas, é protetiva do Estado.

Nesse momento surgem duas questões controvertidas, para aprofundamento do tema.

De início, surge dúvida quanto à possibilidade de liminar em sede de interdito proibitório, se a ameaça for nova, ou seja, com menos de um ano e um dia. Em outras palavras, a pergunta a ser formulada é a seguinte: o interdito proibitório também pode constituir uma *ação de força nova*, como antes exposto?

A resposta parece ser positiva, uma vez que o art. 933 do CPC manda aplicar, ao interdito proibitório, as regras relativas às ações de manutenção ou reintegração de posse. Concluindo assim, aplica-se o art. 928 do CPC àquela ação, sendo a liminar para fixação de multa, com o fim de impedir a turbação e o esbulho.

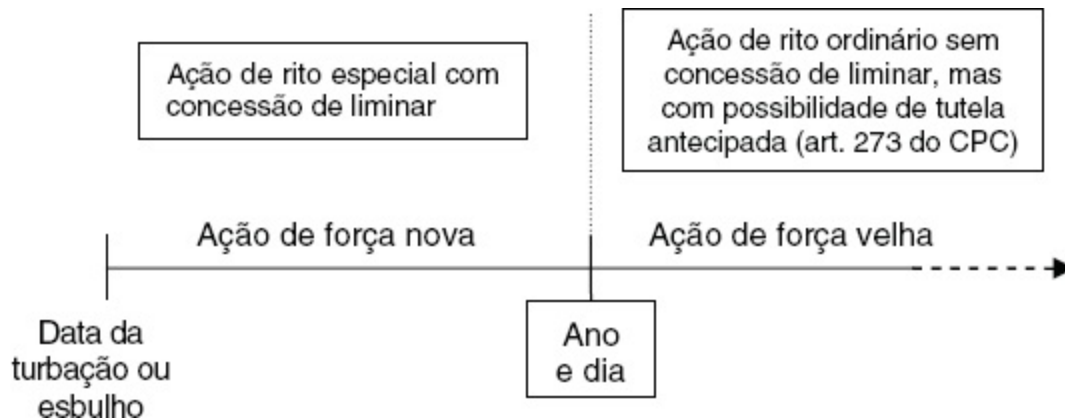
Vale dizer que a ação de interdito proibitório tem como pedido principal uma obrigação de não fazer, qual seja da outra parte abster-se do atentado à posse. Esse conteúdo da referida ação pode ser retirado do art. 932 do CPC, pelo qual “O possuidor direto ou indireto, que tenha justo receio de ser molestado na posse, poderá impetrar ao juiz que o segure da turbação ou esbulho iminente, mediante mandado proibitório, em que se comine ao réu determinada pena pecuniária, caso transgrida o preceito”. O julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo a seguir, bem pitoresco, reconhece, a título de exemplo, a fixação de liminar em sede de interdito proibitório:

“Agravo de instrumento. Locação de imóveis. Ação de manutenção de posse cumulada com interdito proibitório. Decisão que defere o pedido liminar, ‘para segurar os inquilinos de serem molestados na posse do imóvel alugado dos requeridos’. Inconformismo dos réus, que sustentaram ausentes os elementos de verossimilhança do direito invocado. Não pode o locador, ou alguém em seu nome, num vestido de malha usado para dormir, adentrar o imóvel locado para cobrar dos locatários a cessação de atividade naturalmente ruidosa que aquele havia permitido que fosse desenvolvida no local, mormente não havendo prova de que a atividade em tela vem extrapolando o horário limite aceitável, segundo os agravantes, das 22 horas, e mesmo os limites legais da poluição sonora que uma Igreja Evangélica

notoriamente produz. Tal ato destarte, pela violação do contratado, representou turbação da posse que o locador estava obrigado a garantir, agravada pelo traje evidentemente inadequado posto a desfilar ao meio de uma cerimônia de noivado, que pressupõe banho tomado e naftalina exalando da melhor roupa tirada do armário. Agravo improvido" (TJSP, Agravo de Instrumento 898.465-0/0, São Paulo, 36.ª Câmara de Direito Privado, Rel. Palma Bisson, 16.06.2005, v.u.).

A segunda questão refere-se à *ação de força velha*. Como se demonstrou, se o atentado à posse tiver pelo menos um ano e um dia, não caberá mais a *ação de força nova*, mas apenas a *ação de força velha*, que segue rito ordinário, em que não cabe a liminar. Mas fica a dúvida: nessa ação caberá a concessão de tutela antecipada para, principalmente, deferir-se a reintegração da posse a favor do autor da ação?

A resposta dada pelos juristas participantes da *III Jornada de Direito Civil* foi positiva, conforme o Enunciado n. 238 CJF/STJ, cuja redação é a seguinte: "Ainda que a ação possessória seja intentada além de 'ano e dia' da turbação ou esbulho, e, em razão disso, tenha seu trâmite regido pelo procedimento ordinário (CPC, art. 924), nada impede que o juiz conceda a tutela possessória liminarmente, mediante antecipação de tutela, desde que presentes os requisitos autorizadores do art. 273, I ou II, bem como aqueles previstos no art. 461-A e §§, todos do CPC". O enunciado acaba traduzindo o que entendia a jurisprudência, pois o próprio Superior Tribunal de Justiça já se pronunciou no sentido de ser possível a tutela antecipada em ação de reintegração de posse, desde que preenchidos os requisitos do art. 273 do CPC (STJ, REsp 555.027/MG, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, 3.ª Turma, j. 27.04.2004, *DJ* 07.06.2004, p. 223). Arestos superiores mais recentes seguem a mesma linha (ver: STJ, AgRg no REsp 1.139.629/RJ, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, 4.ª Turma, j. 06.09.2012, *DJe* 17.09.2012 e REsp 1.194.649/RJ, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, 4.ª Turma, j. 12.06.2012, *DJe* 21.06.2012).

Para fixar, o esquema a seguir demonstra os conceitos expostos:

Analisadas essas questões controvertidas quanto à liminar, preceitua o art. 930, *caput*, do CPC que concedido ou não o mandado liminar de manutenção ou de reintegração, o autor promoverá, nos cinco dias subsequentes, a citação do réu para contestar a ação. Complementando, quando for ordenada a justificação prévia, o prazo para contestar contar-se-á da intimação do despacho que deferir ou não a medida liminar (art. 930, parágrafo único, do CPC).

No mais, determina o art. 931 do CPC que, aplica-se quanto às referidas ações, o procedimento ordinário. Há, assim, uma aplicação residual das regras de procedimento comum (art. 282 e seguintes do CPC).

No tocante à competência para essas ações, como se sabe, será competente, seja qual for o procedimento a ser seguido, o foro de situação da coisa, o que é tradução de aplicação do art. 95 do CPC. Eventualmente, se o imóvel estiver situado em mais de um Estado ou em mais de uma Comarca, aplica-se a regra da *prevenção*, ou seja, será competente o primeiro juiz que tiver conhecimento da causa (MARCATO, Antonio Carlos. *Procedimentos*..., 1999, p. 120).

Superadas as regras processuais previstas no CPC, devem ser comentados dois dispositivos do Código Civil, que também interessam ao aspecto instrumental.

De início, prevê o art. 1.211 do CC/2002 que "Quando mais de uma pessoa se disser possuidora, manter-se-á provisoriamente a que tiver a coisa, se não estiver manifesto que a obteve de alguma das outras por modo vicioso". O dispositivo trata do *possuidor aparente*, que manterá a coisa enquanto se discute em sede de ação possessória ou mesmo petitória, quem é o seu possuidor ou proprietário de direito.

Entretanto, pelo próprio comando, se for demonstrado que o *possuidor aparente* tem a coisa com um vício, seja objetivo ou subjetivo, poderá esta ser-lhe retirada. É de se concordar com Joel Dias Figueira Jr., quando afirma que "o principal critério abalizador da manutenção ou reintegração de posse haverá de ser, indubitavelmente, a utilização socioeconômica do bem litigioso e não mais o prazo de ano e dia de titularidade da posse. Portanto, substitui-se o critério puramente objetivo do parágrafo único do antigo art. 507 pelos critérios sociopolíticos e econômicos ancorados na função social da propriedade que, em última análise, reside na própria posse. Não significa dizer, contudo, que os juízes não possam considerar em suas decisões, como elemento de formação de seus convencimentos, os 'títulos' de posse e/ou a sua respectiva data, ou, ainda que não possam, de ofício, utilizar-se do poder geral de cautela, autorizada expressamente pelos arts. 798 e 799 do CPC, determinando, por exemplo, o sequestro cautelar do bem litigioso. O que estamos a afirmar é que o ponto norteador para a manutenção ou reintegração da posse haverá de ser a posse efetiva em consonância com as suas finalidades sociais e econômicas" (*Novo Código Civil*..., 2004, p. 1.116). Em suma, a festejada função social da posse é o conceito orientador do art. 1.211 do CC/2002.

Por outra via, o art. 1.212 da atual codificação privada dispõe que o possuidor pode intentar a ação de esbulho, ou a de indenização, contra o terceiro que recebeu a coisa esbulhada sabendo que o era. Assim, a norma civil abre a possibilidade de o possuidor que sofreu o atentado definitivo à posse ingresse com ação de reintegração de posse ou com ação de reparação de danos contra o terceiro que estiver com a coisa. A indenização em caso de esbulho está prevista pelo art. 952 do atual CC, cuja redação é a seguinte: "Havendo usurpação ou esbulho do alheio, além da restituição da coisa, a indenização consistirá em pagar o valor das suas deteriorações e o devido a título de lucros cessantes; faltando a coisa, dever-se-á reembolsar o seu equivalente ao prejudicado. Parágrafo único. Para se restituir o equivalente, quando não exista a própria coisa, estimar-se-á ela pelo seu preço ordinário e pelo de afeição, contanto que este não se avantaje àquele".

Ainda no estudo do art. 1.212 do CC, na *I Jornada de Direito Civil* aprovou-se o Enunciado n. 80 CJF/STJ, determinando que "É inadmissível o direcionamento de demanda possessória ou ressarcitória contra terceiro possuidor de boa-fé, por ser parte passiva ilegítima, diante do disposto no art. 1.212 do novo Código Civil. Contra o terceiro de boa-fé cabe tão somente a propositura de demanda de natureza real". Assim sendo, como não se pode atribuir culpa a quem esteja de boa-fé, não caberão as medidas previstas no dispositivo, mas tão somente ação petitória, para reivindicação

da propriedade.

A encerrar o presente tópico, é interessante transcrever e analisar o Enunciado n. 239 CJF/STJ, aprovado na *III Jornada de Direito Civil*, que em muito interessa para a discussão do mérito das ações possessória diretas:

> "Na falta de demonstração inequívoca de posse que atenda à função social, deve-se utilizar a noção de 'melhor posse', com base nos critérios previstos no parágrafo único do art. 507 do CC/1916".

O enunciado doutrinário começa muito bem e termina muito mal. Começa muito bem, pois aponta que para a caracterização do que seja melhor posse, em sede de ação possessória, deve-se levar em conta a sua função social. Justamente por isso é forte a corrente doutrinária que conclui pela falta de legitimidade para a referida ação no caso de alguém que não vem atendendo a essa função social. Sem prejuízo das palavras de Renato Franco, aqui transcritas, ensinam Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald que "O direito do possuidor de defender a sua posse contra terceiros – incluindo-se aí o proprietário – é uma consequência jurídica produzida pela necessidade geral de respeito a uma situação fática consolidada, na qual necessidades humanas fundamentais são satisfeitas. A densidade social da posse como modo revelador da necessidade básica do homem de apropriar-se de bens primários, justifica que não seja ela reduzida a mero complemento da tutela da propriedade, mas sim em instrumento concreto de busca pela igualdade material e justiça social" (*Direitos reais*..., 2006, p. 110). Vale dizer que a tese que relaciona a função social da posse e da propriedade como pressupostos para o ingresso de ação possessória e mesmo petitória foi adotada pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no famoso caso da *Favela Pullman*, que ainda será comentado e aprofundado no próximo capítulo desta obra (STJ, REsp 75.659/SP, j. 21.06.2005).

Mas o Enunciado n. 239 do Conselho da Justiça Federal termina muito mal, pois faz menção ao parágrafo único do art. 507 do CC/1916, que previa a seguinte ordem para a caracterização da melhor posse: "Entende-se melhor a posse que se fundar em justo título; na falta de título, ou sendo os títulos iguais, a mais antiga; se da mesma data, a posse atual. Mas, se todas forem duvidosas, será sequestrada a coisa, enquanto se não apurar a quem toque".

No pensar deste autor, não devem ser utilizados, em um primeiro momento, tais critérios, mas sim o festejado critério da função socioeconômica, antes exposto, conforme os ensinamentos de Joel Dias Figueira, por último transcritos. Sendo assim, a parte final do Enunciado n. 239 deveria ser cancelada em outra e próxima *Jornada de Direito Civil*.

2.4.2 A possibilidade de ingresso de outras ações possessórias

Além das ações possessórias diretas, os *interditos possessórios* estudados, é preciso ainda analisar outras ações em que a posse é discutida, e que também traduzem efeitos processuais do instituto em estudo. Essas ações serão abordadas de forma pontual.

2.4.2.1 Da ação de nunciação de obra nova ou embargo de obra nova

Essa ação visa a impedir a continuação de obras no terreno vizinho que lhe prejudiquem ou que estejam em desacordo com os regulamentos civis e administrativos. Tem rito especial previsto no

atual Código de Processo Civil entre os seus arts. 934 a 940.

Apesar de estar fundada em regras de direito de vizinhança, que ainda serão estudadas, a ação de nunciação de obra nova pode estar fundada na posse, ou mesmo na propriedade. Confirmando a afirmação, dispõe o art. 934, I, do CPC que essa ação compete ao proprietário ou *possuidor*, a fim de impedir que a edificação de obra nova em imóvel vizinho lhe prejudique o prédio, suas servidões ou os fins a que é destinado. Todavia, na prática, é importante ressaltar que a ação de nunciação de obra nova, na grande maioria das vezes, está fundada no *domínio*, assumindo a feição de *ação petitória*.

Mas não é só, pois a ação também cabe ao condômino, para impedir que o coproprietário execute alguma obra com prejuízo ou alteração da coisa comum; ou ao Município, a fim de impedir que o particular construa em contravenção da lei, do regulamento ou de postura (art. 934, II e III, do CPC).

Ao prejudicado também é lícito, se o caso for urgente, fazer o embargo extrajudicial da obra, notificando verbalmente, perante duas testemunhas, o seu proprietário ou, em sua falta, o seu construtor, para não continuar a obra (art. 935, *caput*, do CPC). Em complemento, dentro de três dias requererá o nunciante a ratificação ou confirmação em juízo, sob pena de cessar o efeito do embargo (art. 935, parágrafo único, do CPC).

O art. 936 do CPC apresenta os requisitos da petição inicial dessa ação, além daqueles previstos no art. 282 do *Codex* Processual, devendo requerer o autor-nunciante:

I – o embargo para que fique suspensa a obra e se mande afinal reconstituir, modificar ou demolir o que estiver feito em seu detrimento;

II – a cominação de pena para o caso de inobservância do preceito (multa ou *astreintes*);

III – a condenação em perdas e danos, se estiverem presentes.

Em havendo necessidade de demolição, colheita, corte de madeiras, extração de minérios e obras semelhantes, pode incluir-se o pedido de apreensão e depósito dos materiais e produtos já retirados (art. 936, parágrafo único, do CPC). Note-se que a ação de nunciação pode ser convertida em ação demolitória, conforme posicionamento da jurisprudência (*RT* 533/1976). Para essa conversão, todavia, deve-se levar em conta a razoabilidade, em atenção ao princípio da função social da posse e da propriedade. Anote-se que essa ideia de razoabilidade foi aplicada pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, em sede de ação de reintegração de posse:

> "Reintegração de posse. Invasão em parte mínima da área de terreno vizinho. Construção da residência do réu já concluída. Demolição parcial que acarretaria prejuízo acentuado. Substituição da reintegração de posse, com ordem de demolição, pela indenização da área invadida, bem como eventual desvalorização da área remanescente da autora. Solução preconizada pelo art. 1.258 do CC/2002 e que reflete os Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade, que hoje se elevam como verdadeiro direito fundamental, na medida em que no Estado de Direito não se pode tolerar o excesso. Recurso parcialmente provido. A invasão de área mínima de terreno, com a construção concluída de prédio, resolve-se com a indenização e não com a demolição, alternativa mais onerosa e desproporcionalmente superior ao prejuízo sofrido pelo autor, portanto reputando-se solução iníqua" (TJSP, 11.ª Câmara de Direito Privado, AP c/ Revisão 7.114.117-8-Santo Anastácio-SP, Rel. Des. Gilberto Pinto dos Santos, j. 23.01.2007, v.u.).

O art. 937 do CPC consagra a possibilidade de embargo liminar em sede de ação de nunciação de obra nova, após a justificação prévia. Como ocorre com as ações possessórias diretas, não há dúvidas de que essa liminar tem natureza de tutela antecipada.

Justamente por isso, é forte o entendimento entre os processualistas de que a não concessão da

liminar faz com que a ação de nunciação de obra nova perca o seu objeto. Ensina Humberto Theodoro Júnior que “Na estrutura legal do procedimento de nunciação de obra nova, o embargo liminar atua como pressuposto de desenvolvimento da relação processual. Sem que se torne possível a medida liminar, não se cita o réu. Se faltam elementos para a liminar, portanto, o juiz deve conceder prazo para o autor suprir a lacuna e, se não for atendido, outra saída não lhe restará senão a de extinguir o processo” (*Comentários*..., 1974, p. 378). Essa também é a opinião de Alexandre Freitas Câmara (*Lições*..., 2005, v. III, p. 418) e Antonio Carlos Marcato (*Procedimentos*..., 1999, p. 132). Têm plena razão os juristas citados, uma vez que a finalidade da ação de nunciação de obra nova é justamente o embargo liminar que, não sendo alcançado, frustra o seu objeto.

Deferido o embargo da obra, o oficial de justiça, encarregado de seu cumprimento, lavrará auto circunstanciado, descrevendo o estado em que se encontra a obra; e, ato contínuo, intimará o construtor e os operários que não continuem a obra, sob pena de desobediência e citará o proprietário a contestar em cinco dias a ação (art. 938 do CPC). O *nunciado*, réu da ação, poderá, a qualquer tempo e em qualquer grau de jurisdição, requerer o prosseguimento da obra, desde que preste caução e demonstre prejuízo resultante de sua suspensão (art. 940 do CPC).

Por fim, a respeito dessa caução para prosseguimento da obra, será prestada no juízo de origem, embora a causa se encontre no tribunal (art. 940, § 1.º, do CPC). Em nenhuma hipótese terá lugar o prosseguimento, tratando-se de obra nova levantada contra determinação de regulamentos administrativos, o que visa a manter o interesse social e coletivo a respeito do imóvel (art. 940, § 2.º, do CPC).

2.4.2.2 Da ação de dano infecto

A *ação de dano infecto* é muito rara atualmente, tratando-se de uma medida preventiva, baseada no receio de que o vizinho, em demolição ou vício de construção, lhe cause prejuízos. Essa ação, em regra, é fundada no domínio, mas igualmente pode o possuidor obter do vizinho a caução por eventuais futuros danos. Pela possibilidade dessa medida pelo possuidor é que o tema está sendo tratado no presente tópico. A ação de dano infecto não possui rito especial, seguindo o rito comum ordinário (art. 282 e seguintes do CPC).

A título de exemplo, imagine-se o caso de um locatário, possuidor de um imóvel, que ingressa com ação contra o vizinho, exigindo caução por excesso de ruído, o que pode prejudicar as suas atividades. Em casos tais, o Tribunal de Justiça de São Paulo entendeu ser possível essa ação:

> “Direito de vizinhança. Poluição sonora. Estabelecimento comercial. Produção excessiva de ruídos sonoros com aparelhos musicais. Local situado em zona mista, predominantemente residencial. Fixação de limite para ruído externo em 50 db em função de perícia realizada. Ação relativa a dano infecto parcialmente procedente. Recurso desprovido” (TJSP, Apelação 801.141-0/0, Jundiaí, 26.ª Câmara de Direito Privado, 08.05.2006, Rel. Des. Vianna Cotrim, v.u., Voto 11.925).

Ainda ilustrando, a ação de dano infecto pode ser cumulada com reparação de danos, em caso de prejuízos causados pelo vizinho: “Agravo de instrumento. Ação de dano infecto cumulada com indenização por danos materiais e pedido de tutela antecipada. Materiais de construção depositados junto ao muro divisório. Ocorrência de dano. Fixação de caução. Cabimento. Comprovado nos autos a ameaça de ruína do prédio do autor e a possibilidade de dano iminente ocasionados pelo depósito

de tijolos na divisa dos imóveis, impõe-se o deferimento da tutela antecipada e a fixação de caução, nos termos do artigo 1.280 do novo Código Civil. Agravo de instrumento improvido. Unânime” (TJRS, Processo 70013299425, Data: 30.03.2006, Órgão julgador: Décima Sétima Câmara Cível, Juiz relator: Agathe Elsa Schmidt da Silva, Origem: Comarca de Santa Rosa).

Apesar dos julgados, é importante repisar que, na prática, não se vê muito a ação de dano infecto, pois não é ela considerada a melhor tática processual. Muitas vezes, a opção, realmente, é pela ação de nunciação de obra ou pela ação demolitória.

2.4.2.3 Dos embargos de terceiro

Trata-se de remédio processual para a defesa da posse, ou mesmo da propriedade, por aquele que for turbado ou esbulhado por atos de apreensão judicial. Os embargos de terceiro seguem rito especial, conforme os arts. 1.046 a 1.054 do CPC.

Segundo o art. 1.046 do CPC, aquele que, não sendo parte no processo, sofrer turbação ou esbulho na posse de seus bens por ato de apreensão judicial, em casos como o de penhora, depósito, arresto, sequestro, alienação judicial, arrecadação, arrolamento, inventário, partilha, poderá requerer lhe sejam mantidos ou restituídos por meio de embargos de terceiro.

A proteção possessória é clara no § 1.º do referido dispositivo, pelo qual “Os embargos podem ser de terceiro senhor e possuidor, ou apenas possuidor”. Deve ser equiparado a terceiro a parte que, posto figure no processo, defende bens que, pelo título de sua aquisição ou pela qualidade em que os possuir, não podem ser atingidos pela apreensão judicial (§ 2.º do art. 1.046 do CPC).

Considera-se também terceiro o cônjuge quando defende a posse de bens próprios ou de sua meação (§ 3.º do art. 1.046 do CPC). Além da proteção da meação do cônjuge, a jurisprudência tem entendido que também o companheiro pode fazer uso dos embargos de terceiro para proteção da posse:

> “Embargos de terceiro. Penhora de automóvel. Inexistência de provas de que se constitua o bem em instrumento necessário ao exercício de profissão. Reconhecimento da meação do companheiro. Reserva de 50% sobre o produto da alienação do bem em hasta pública. Sentença confirmada por seus próprios fundamentos. Recurso improvido” (TJRS, Processo 71000888701, Data: 22.06.2006, Órgão julgador: Primeira Turma Recursal Cível, Juiz relator: Ricardo Torres Hermann, Origem: Comarca de Passo Fundo).

Obviamente, a premissa também vale para o companheiro do mesmo sexo, diante da consolidação do entendimento segundo o qual as regras e máxima previstas para a união estável heterossexual igualmente incidem para a união homoafetiva (julgamento do STF na ADPF 132/RJ, de maio de 2011).

Nos termos do art. 1.047 do CPC, os embargos de terceiro são igualmente admitidos:

a) Para a defesa da posse, quando, nas ações de divisão ou de demarcação, for o imóvel sujeito a atos materiais, preparatórios ou definitivos, da partilha ou da fixação de rumos.
b) Para o credor com garantia real obstar alienação judicial do objeto da hipoteca, penhor ou anticrese.

Quanto ao prazo, os embargos podem ser opostos a qualquer tempo no processo de conhecimento enquanto não transitada em julgado a sentença, e, no processo de execução, até cinco dias depois da

arrematação, adjudicação ou remição, mas sempre antes da assinatura da respectiva carta (art. 1.048 do CPC). Os embargos serão distribuídos por dependência e correrão em autos distintos perante o mesmo juiz que ordenou a apreensão (art. 1.049 do CPC).

Na petição inicial, além dos requisitos previstos no art. 282 do CPC, fará o embargante prova sumária de sua posse e a qualidade de terceiro, oferecendo documentos e rol de testemunhas (art. 1.050, *caput*, do CPC). É facultada a prova da posse em audiência de justificação designada pelo juiz (art. 1.050, § 1.º, do CPC). O possuidor direto pode alegar, com a sua posse, o domínio alheio (art. 1.050, § 2.º, do CPC). Como exemplo de aplicação do último dispositivo, o locatário (possuidor direto) pode alegar que o locador é o proprietário (possuidor indireto).

A liminar nos embargos de terceiro está prevista no art. 1.051 do CPC, tendo natureza de tutela antecipada (cf. NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil*..., 2003, p. 1.037). Enuncia esse dispositivo que "Julgando suficientemente provada a posse, o juiz deferirá liminarmente os embargos e ordenará a expedição de mandado de manutenção ou de restituição em favor do embargante, que só receberá os bens depois de prestar caução de os devolver com seus rendimentos, caso sejam afinal declarados improcedentes". Em resumo, para a concessão da liminar, o dispositivo prevê o oferecimento de caução, que deve ser idônea, de acordo com a discricionariedade do aplicador do Direito.

Os embargos de terceiro têm o efeito de suspender o curso do processo principal, se versarem sobre todos os bens ali constritos ou apreendidos. Mas se os embargos de terceiro versarem apenas sobre alguns deles, prosseguirá o processo principal somente quanto aos bens não embargados. Essas são as regras que podem ser retiradas do art. 1.052 do CPC.

No que concerne à contestação dos embargos de terceiro, o prazo é de dez dias, sob pena de aplicação dos efeitos da revelia, devendo o juiz decidir em cinco dias (art. 1.053 do CPC). Por fim, na contestação dos embargos do credor com garantia real, o embargado somente pode alegar a matéria constante do art. 1.054 do CPC, a saber: que o devedor comum é insolvente; que o título é nulo ou não obriga a terceiro; que outra é a coisa dada em garantia.

2.4.2.4 Da ação de imissão de posse

A *ação de imissão de posse* era regulada pelo Código de Processo Civil de 1.939. Previa o art. 381 do antigo CPC que essa ação competiria: "I – aos adquirentes de bens, para haverem a respectiva posse, contra os alienantes ou terceiros, que os detenham; II – aos administradores e demais representantes das pessoas jurídicas de direito privado, para haverem dos seus antecessores a entrega dos bens pertencentes à pessoa representada; III – aos mandatários, para receberem dos antecessores a posse dos bens do mandante".

Como não há menção a essa demanda no atual CPC, ela é tida como uma ação petitória e não possessória. Não se pode deixar enganar pelo seu nome, portanto. O seu fundamento principal é o art. 1.228 e não o 1.196 do CC, seguindo a ação de imissão de posse o rito ordinário.

Em suma, a ação é fundada em título de propriedade, sem que o interessado tenha tido posse. O exemplo típico de propositura dessa ação é para proteger o proprietário que arrematou o bem em leilão e quer adentrar no imóvel. Ilustrando, transcreve-se:

"Arrematante de imóvel por meio de leilão em execução extraordinária. Decreto-lei 70/1966. Registro do título o que configura titularidade do domínio. Imissão na posse deve ser concedida liminarmente, pois encontram-se presentes os requisitos do artigo 37, §§ 2.º e 3.º, da referida lei. Agravo provido" (TJSP, Agravo de Instrumento 279.779-4/0, São Paulo, 4.ª Câmara de Direito Privado, Rel. Natan Zelinschi de Arruda, 06.02.2003, v.u.).

"Possessória. Imissão na posse. Imóvel adquirido pelos apelados de instituição financeira, mediante instrumento particular de promessa de venda e compra, arrematado em leilão judicial. Ocupação do imóvel por terceiro, que não possui nenhum vínculo com os proprietários ou antecessor. Alegação de conexão descaracterizada por ausência de requisitos. Ilegalidade do leilão não demonstrada. Litigância de má-fé reconhecida. Dedução de pretensão, ou defesa exercida em recurso com má-fé. Inteligência das disposições dos artigos 18, § 2.º, c/c o 17, III e VII, todos do Código de Processo Civil. Sentença de procedência mantida. Recurso improvido" (TJSP, Apelação Cível com Revisão 147.094-4/5, Santos, 4.ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Fábio Quadros, 07.12.2006, v.u., Voto 4.050).

De toda sorte, como a ação é petitória, fundada na propriedade, fica em dúvida a utilização, na prática, do termo *ação de imissão de posse*. Talvez seja mais adequado denominar a demanda como *ação reivindicatória*, o que melhor condiz com a sua natureza jurídica.

2.4.2.5 Da ação publiciana

A encerrar quanto às ações, a exemplo da ação de imissão de posse, a *ação publiciana* também é uma ação petitória, fundada no domínio. Todavia, essa ação também visa proteger a posse daquele que adquiriu o bem por usucapião. Segundo Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery a sua finalidade é "Retomar a posse por quem a perdeu, mas com fundamento no fato de já haver adquirido (de fato – já que não há título) a propriedade pela usucapião. É a 'reivindicatória' do proprietário de fato" (*Código de Processo Civil*..., 2006, p. 919). A ação segue rito ordinário não se aplicando as regras previstas para as ações possessórias diretas.

2.4.3 As faculdades da legítima defesa da posse e do desforço imediato

As faculdades de utilização da legítima defesa da posse e do desforço imediato sempre geraram polêmicas e estão previstas no art. 1.210, § 1.º, do CC/2002, cuja redação é a seguinte: "O possuidor turbado, ou esbulhado, poderá manter-se ou restituir-se por sua própria força, contanto que o faça logo; os atos de defesa ou de desforço não podem ir além do indispensável à manutenção, ou restituição da posse".

A legítima defesa da posse e o desforço imediato constituem formas de autotutela, autodefesa ou de defesa direta, independentemente de ação judicial, cabíveis ao possuidor direto ou indireto contra as agressões de terceiro. Nos casos de ameaça e turbação, em que o atentado à posse não foi definitivo, cabe a legítima defesa. Em havendo esbulho, a medida cabível é o desforço imediato, para a retomada do bem esbulhado.

Seja em um caso ou em outro, deve-se observar que esses institutos de autodefesa apresentam alguns requisitos, que devem ser respeitados, para que a atuação seja lícita.

Primeiro, a defesa deve ser imediata, ou seja, *incontinenti*, conclusão a ser retirada da análise do caso concreto. Sobre tal requisito do imediatismo, foi aprovado enunciado na *V Jornada de Direito Civil*, propondo uma interpretação restritiva do preceito: "No desforço possessório, a expressão 'contanto que o faça logo' deve ser entendida restritivamente, apenas como a reação imediata ao fato do esbulho ou da turbação, cabendo ao possuidor recorrer à via jurisdicional nas demais hipóteses"

(Enunciado n. 495).

A título de exemplo e obviamente, uma defesa praticada após um ano e um dia não é imediata, não cabendo a utilização dos institutos de proteção própria. Também ilustrando, se o possuidor deixa que o esbulhador construa uma cerca divisória, pelo menos aparentemente, não tomou as medidas imediatas que lhe cabiam. Nesse sentido, entendeu o Tribunal de Justiça do Espírito Santo:

"Agravo regimental. Eventual preponderância dos títulos de domínio. Juízo possessório. Impossibilidade de arguição. Art. 1.210, § 1.º, do CC. Desforço imediato. Ausência de comprovação. Recurso improvido. 1. A eventual preponderância dos títulos de domínio ostentados pelas partes é matéria que integra o juízo petitório, e não possessório, onde o cerne cognitivo volta-se para o restabelecimento de uma situação de fato (consubstanciada na posse) que, no caso em exame, favorece a ora agravada, pois que de há muito utiliza-se da área em questão como depósito (situação não elidida pela ora agravante). 2. A ora agravante não conseguiu evidenciar a utilização do instituto do desforço imediato, previsto no parágrafo primeiro, do art. 1.210, do novo Código Civil, visto que a imediatidade exigida na utilização da 'própria força', caso efetivamente estivesse a ora recorrente na posse pregressa (o que não demonstrara), não está configurada nos autos. Ao revés, o que se encontra retratado é todo o processo de construção da cerca (para proteção da área) encetado pela ora agravada em legítimo exercício de poderes inerentes ao domínio. Recurso improvido" (TJES, Processo 048049000960, Agravo Regimental, Órgão Julgador: Terceira Câmara Cível, j. 15.06.2004, Data leitura: 15.06.2004, Desembargador Titular: Rômulo Taddei, Vara de Origem: Serra, 2.ª Vara Cível).

Aliás, a própria jurisprudência admite a derrubada de uma cerca como ato de desforço imediato tolerável. Para consulta, segue julgado do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, aplicando a ideia a partir do Código Civil de 1916:

"Reparação de dano. Derrubada de cerca. Desforço pessoal. Legítima defesa admitida. Uso moderado dos meios. Desnecessidade de indenização. Não resulta dever reparatório por aquele que, agindo por *desforço* pessoal e *imediato*, sem ultrapassar os meios indispensáveis à manutenção, ou restituição da *posse*, desfaz de cerca que atenta contra sua *posse*, pois que esta ação encontra respaldo no art. 502, que se faz sancionado pelo art. 160, I, ambos do Código Civil de 1916" (TJMG, Processo 2.0000.00.416673-8/000, Apelação Cível 416.673-8, Comarca de Rio Pomba, 6.ª Câmara Civil do Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais, Rel. Des. Dídimo Inocêncio de Paula, Data do acórdão 11.12.2003, Data da publicação 11.02.2004).

No que interessa ao último julgado, cumpre esclarecer, seria ele perfeitamente aplicado à atualidade, eis que o Código Civil de 2002, na estrutura, não alterou substancialmente a análise dos institutos de autotutela.

Sem prejuízo dessa conclusão, prevê o atual Código Civil que o possuidor, ao tomar tais medidas, não pode ir além do indispensável para a recuperação de sua posse. Deve, assim, agir nos limites do exercício regular desse direito, servindo como parâmetro o art. 187 do CC/2002, que consagra o abuso de direito como ato ilícito. Os parâmetros, portanto, são aqueles previstos no dispositivo da codificação: fim social, fim econômico, boa-fé objetiva e bons costumes. Aqui sim, há uma inovação importante, pois o Código Civil de 1916 não previa expressamente esses parâmetros para a consideração do ato abusivo ou emulativo.

Sendo esses os parâmetros, fica uma dúvida: o possuidor que não vem cumprindo a função social da posse ou da propriedade pode fazer uso das defesas de autotutela? A resposta parece ser negativa para esses casos. Se o não atendimento da função social da posse obsta o ingresso de ação possessória, como já se defendeu, também deve obstar a utilização dos mecanismos de autodefesa. Nesse sentido, também opina Marco Aurélio Bezerra de Melo: "Destaca Marcos Alcino de Azevedo Torres, com pesquisa de vários precedentes sociais em razão das ocupações realizadas pelo Movimento dos Trabalhadores Sem Terra, que é defeso ao proprietário que não deu função social ao seu imóvel em razão do estado de abandono ou de mínima exploração se valer da excepcional

autotutela possessória frente aos ocupantes que apenas pretendem afirmar a sua própria dignidade, conferindo efetividade ao comando constitucional da realização da Reforma Agrária" (*Direito das coisas*..., 2007, p. 66). Para ilustrar, o julgado a seguir demonstra bem o problema em questão:

"Função social da propriedade – Comprovação pelo poder público. Apelação Cível – Ação de Reintegração de Posse – Movimento Sem-terra – Inépcia da Inicial – Citação de todos – Desnecessidade – Função social da propriedade – Desnecessidade de comprovação – Posse e Esbulho comprovados – Ação procedente. Não é admissível que grupos sociais, sob o pretexto de que a terra seja improdutiva, invadam a propriedade particular e dela tomem posse, na tentativa de fazer justiça social com as próprias mãos. Se a propriedade não cumpre a sua função social, caberá ao Poder Público, por meio de procedimento próprio, comprovar tal situação e, se for o caso, proceder à desapropriação do imóvel. Agravo retido e Apelação não providos" (TJMG, Apelação cível n. 1.0024.03.116208-4/001-Belo Horizonte-MG, 10.ª Câmara Cível, Rel. Des. Pereira da Silva, julgado em 03.02.2009; v.u.).

Pois bem, devem ser evitados ao máximo os abusos cometidos, sob pena de sacrifício dos institutos, o que, aliás, ocorre na prática. Vale lembrar as violentas invasões de terra que são praticadas no Brasil e as violentas (mais ainda) reprimendas por parte dos proprietários e possuidores, o que tem tornado o meio rural brasileiro um verdadeiro *campo de batalha*, habitado por inúmeras milícias armadas. De um lado foices e velhos revólveres, do outro, fuzis e escopetas. E no final, ninguém parece ter razão, pois o problema é de estrutura, de formação, de educação. Algumas gerações terão que conviver com tudo isso até que algo efetivamente seja alterado.

Partindo para outro exemplo, quanto às abusividades que são cometidas para a defesa da posse, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul entendeu ser abusiva a conduta do proprietário que tenta obstaculizar a posse alheia em caso de existência de uma passagem forçada a favor de terceiro:

"Apelação cível. Reintegração de posse. Imóvel encravado. Direito de passagem. Comprovando a prova produzida nos autos a necessidade da utilização, pela parte autora, da estrada que fica na gleba arrendada pelo réu, para atingir a lavoura de trigo implementada em imóvel sem acesso à rodovia estadual, afigura-se abusiva e ilegal a conduta do demandado em obstaculizar a passagem, através da colocação de correntes e cadeados nas porteiras de acesso. A existência de outro caminho, sem ligação com a rodovia e que não permite o tráfego de máquinas agrícolas e veículos, não elide o direito à reintegração de posse por parte dos demandantes. Recurso adesivo. Perdas e danos. Ausência de prova de que a obstaculização do acesso por parte do réu tenha causado prejuízos à lavoura. Hipótese em que entre a data da colheita e seu efetivo início, viabilizado pela liminar deferida *initio litis*, transcorreram apenas 4 dias, não se evidenciando a ocorrência dos prejuízos alegados pelos autores" (TJRS, Processo 70014710602, Data: 25.05.2006, Órgão julgador: Décima Câmara Cível, Juiz relator: Paulo Roberto Lessa Franz, Origem: Comarca de Santa Bárbara do Sul).

Por fim, conforme a unanimidade da doutrina, a lei está a autorizar que o possuidor que faz uso da autotutela utilize o apoio de empregados ou prepostos. Isso porque o art. 1.210, § 1.º, do CC/2002 faz menção à *força própria*, que inclui o auxílio de terceiros, com quem mantém vínculos (DINIZ, Maria Helena. *Código Civil*..., 2007, p. 952; FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direitos reais*..., 2006, p. 133; MELO, Marco Aurélio Bezerra de. *Direito das coisas*..., 2007, p. 66).

Sendo reconhecida essa possibilidade, é importante concluir que se o preposto, empregado ou serviçal, na defesa dessa posse e seguindo as ordens do possuidor, causar danos a outrem, responderá o comitente, empregador ou senhorio, nos termos dos arts. 932 e 933 do CC/2002. A responsabilidade do possuidor é objetiva (independentemente de culpa), desde que comprovada a culpa daquele por quem se é responsável – *responsabilidade objetiva indireta ou por atos de outrem*.

2.5 FORMAS DE AQUISIÇÃO, TRANSMISSÃO E PERDA DA POSSE

O Código Civil de 2002, a exemplo do seu antecessor, continua elencando as formas e regras da aquisição, transmissão e perda da posse, aqui estudadas em mesmo tópico, para facilitação didática e metodológica.

De início, a respeito da aquisição da posse, prevê o art. 1.204 do CC/2002 que "Adquire-se a posse desde o momento em que se torna possível o exercício, em nome próprio, de qualquer dos poderes inerentes à propriedade". Confrontado esse dispositivo com o art. 493 do CC/1916, percebe-se que o legislador preferiu não elencar as hipóteses de aquisição da posse, como constava da antiga codificação. Substituiu-se, portanto, uma relação supostamente fechada ou taxativa (*numerus clausus*) por um conceito aberto, a ser preenchido caso a caso (*numerus apertus*). E não poderia ser diferente, pois a atual codificação, no *espírito realeano* (Miguel Reale), segue um sistema de princípios, de cláusulas gerais (janelas abertas deixadas na lei), de conceitos legais indeterminados.

Sendo assim, as formas de aquisição da posse que constavam na lei anterior servem somente como exemplo, a saber: *a*) apreensão da coisa; *b*) exercício de direito; *c*) fato de disposição da coisa; *d*) qualquer outro modo geral de aquisição de direito.

Dessas formas de aquisição, deve-se lembrar que há *formas de aquisição originárias*, em que há um contato direto entre a pessoa e a coisa; e *formas de aquisição derivadas*, em que há uma intermediação pessoal (Cf. DINIZ, Maria Helena. *Curso*..., 2007, v. 4, p. 68-69).

Como forma originária, o exemplo típico se dá no ato de apreensão de bem móvel, quando a coisa não tem dono (*res nullius*) ou for abandonada (*res derelicta*).

Como modalidade derivada, o caso mais importante envolve a tradição, que vem a ser a entrega da coisa, principal forma de aquisição da propriedade móvel. A partir das construções de Washington de Barros Monteiro, classifica-se a tradição da seguinte forma (*Curso*..., 2003, v. 3, p. 200-201):

a) *Tradição real* – é aquela que se dá pela entrega efetiva ou material da coisa, como ocorre na entrega do veículo pela concessionária em uma compra e venda.
b) *Tradição simbólica* – ocorre quando há um ato representativo da transferência da coisa como, por exemplo, a entrega das chaves de um apartamento. É o que se dá na *traditio longa manu*, em que a coisa a ser entregue é colocada à disposição da outra parte. A título de ilustração, o Código Civil de 2002 passou a disciplinar, como cláusula especial da compra e venda, a *venda sobre documentos*, em que a entrega efetiva do bem móvel é substituída pela entrega de documento correspondente à propriedade (arts. 529 a 532 do CC).
c) *Tradição ficta* – é aquela que se dá por presunção, como ocorre na *traditio brevi manu*, em que o possuidor possuía em nome alheio e passa a possuir em nome próprio (o exemplo típico é o do locador que compra o imóvel, passando a ser o proprietário). Também há tradição ficta no *constituto possessório* ou *cláusula constituti*, em que o possuidor possuía em nome próprio e passa a possuir em nome alheio (o exemplo típico é o do proprietário que vende o imóvel e nele permanece como locatário).

Apesar de o presente autor seguir tal classificação, é fundamental apontar que muitos autores seguem a divisão de Orlando Gomes (*Direitos reais*..., 2004, p. 67-68), havendo divergência quanto à tradição simbólica e ficta. Para o autor baiano, a *tradição simbólica ou ficta* é a *forma espiritualizada* de tradição, em que "a entrega material da coisa é substituída por atitudes, gestos, ou mesmo atos, indicativos do propósito de transmitir a posse, como se verifica com a entrega das chaves para a aquisição de uma casa" (*Direitos reais*..., 2004, p. 67). Ainda para o jurista a *traditio brevi manu* e o constituto possessório são formas de *tradição consensual*. Como ficou claro, segundo a linha seguida pelo autor desta obra, a tradição simbólica não se confunde com a ficta, que

seria o que para o último doutrinador é denominado como *tradição consensual*.

Superada essa questão de divergência doutrinária, estabelece o art. 1.205 do Código Civil que a posse pode ser adquirida: *a)* pela própria pessoa que a pretende ou por seu representante; *b)* por terceiro sem mandato, dependendo de ratificação. Em outras palavras, a posse pode ser adquirida pelo próprio sujeito que a apreende, desde que capaz; por seu representante legal ou convencional (caso do herdeiro e do mandatário); ou até por terceiro que não tenha mandato, desde que haja confirmação posterior, com efeitos *ex tunc* ou retroativos.

Contudo, o art. 1.205 do CC/2002, quando confrontado com o art. 494 do CC/1916, apresenta uma insuficiência, pela não menção ao constituto possessório. Para completá-lo, na *I Jornada de Direito Civil* aprovou-se o Enunciado n. 77 CJF/STJ, prevendo que "A posse das coisas móveis e imóveis também pode ser transmitida pelo constituto possessório". Essa interpretação, em realidade, também pode ser retirada do art. 1.204 do CC/2002, segundo o qual se adquire a posse por qualquer forma de aquisição dos poderes relativos à propriedade.

Em havendo a aquisição ou transmissão da posse pelo constituto possessório, não restam dúvidas de que o novo possuidor poderá defender-se por meio das ações possessórias, como entendeu o Superior Tribunal de Justiça: "Posse. Ação de reintegração. 'Clausula constituti'. Outorga uxória. O comprador de imóvel com 'clausula constituti' passa a exercer a posse, que pode ser defendida através da ação de reintegração. Recurso não conhecido" (STJ, REsp 173.183/TO, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, 4.ª Turma, j. 01.09.1998, *DJ* 19.10.1998, p. 110. No mesmo sentido, mais recentemente: STJ, REsp 1.158.992/MG, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 07.04.2011, publicado no *Informativo* n. *463*).

Superada a análise da aquisição, quanto à transmissão da posse, enuncia o art. 1.206 do CC em vigor que a posse transmite-se aos herdeiros ou legatários do possuidor com os mesmos caracteres. Trata-se de expressão do *princípio da continuidade do caráter da posse* que, em regra, mantém os mesmos atributos da sua aquisição.

Esse importante regramento é ainda retirado, e principalmente, do art. 1.203 do CC, pelo qual salvo prova em contrário, entende-se manter a posse o mesmo caráter com que foi adquirida, consagração da regra de que ninguém pode, por si só, mudar a causa que fundamenta a posse (*neme si ipsi causam possessionis mutare potest*).

Especializando esse princípio da continuidade, preconiza o art. 1.207 que o *sucessor universal* continua de direito a posse do seu antecessor; e ao *sucessor singular* é facultado unir sua posse à do antecessor, para os efeitos legais.

Assim, como se nota, a lei diferencia dois tipos de sucessão: a universal (nos casos de herança legítima) e a singular (nos casos de compra e venda, doação ou legado). No primeiro caso, a lei preconiza a *continuidade*; no segundo, a *união* de posses (acessão). Como esclarece Orlando Gomes, "o que distingue a sucessão da união é o modo de transmissão da posse, sendo a título universal, há sucessão; sendo o título singular, há união. Não importa que a sucessão seja *inter vivos* ou *mortis causa*. Na sucessão *mortis causa* a título singular, a acessão se objetiva pela forma da união. A sucessão de posses é imperativa; a união, facultativa enquanto ao singular é facultado unir sua posse à precedente. Sendo, nesta última hipótese, uma faculdade, o possuidor atual só usará se lhe convier, limitando-se à sua posse quando do seu interesse" (*Direitos reais*..., 2004, p. 70).

Sintetizando, quanto à defesa possessória, tanto o sucessor universal quanto o singular poderão defendê-la, em continuidade ou acessão à posse anterior.

Anote-se, ainda a respeito dos institutos, a aprovação do seguinte enunciado sobre a matéria, na *V Jornada de Direito Civil*: "A faculdade conferida ao sucessor singular de somar ou não o tempo da posse de seu antecessor não significa que, ao optar por nova contagem, estará livre do vício objetivo que maculava a posse anterior" (Enunciado n. 494). Desse modo, é possível que o vício que atingia a posse anterior seja transmitido ao sucessor singular em casos tais.

Obviamente, o *princípio da continuidade do caráter da posse* não é absoluto, podendo ser mitigado. Como salienta Maria Helena Diniz, há uma presunção relativa (*iuris tantum*) de que a posse mantém o seu caráter e não uma presunção absoluta ou *iuri et de iure* (*Código Civil...*, 2005, p. 944). Essa conclusão pode ser retirada do art. 1.208 do CC/2002, outrora estudado, com a seguinte dicção: "Não induzem posse os atos de mera permissão ou tolerância assim como não autorizam a sua aquisição os atos violentos, ou clandestinos, senão depois de cessar a violência ou a clandestinidade".

Como antes exposto, conjugando-se esse dispositivo com o art. 924 do CPC, é comum entender-se que a posse adquirida como injusta pode passar a ser justa, após um ano e um dia, desde que violenta ou clandestina, segundo a corrente majoritária. Além disso, conforme o comentado Enunciado n. 237, da *III Jornada de Direito Civil*, é possível a modificação do título da posse (*interversio possessionis*).

Ainda no que interessa à transmissão da posse, prescreve o art. 1.209 do CC/2002 que a posse do imóvel faz presumir, até prova contrária, a das coisas móveis que nele estiverem. Em regra, havendo transmissão da posse de um imóvel (bem principal), haverá a transmissão dos móveis que o guarnecem (bem acessório). Note-se que se trata de mais uma especialização do princípio geral de Direito Civil pelo qual o acessório segue o principal (*acessorium sequitur principale*) – *princípio da gravitação jurídica*.

Por razões óbvias, a presunção é relativa (*iuris tantum*), cabendo previsão legal ou contratual em contrário, afastando a regra privada. O dispositivo mantém relação direta com o art. 233 do CC/2002, dispositivo de Direito Obrigacional, pelo qual a obrigação de dar coisa certa abrange os acessórios dela, embora não mencionados, salvo de o contrário resultar do título ou das circunstâncias do caso.

Em relação à perda da posse, o legislador atual também preferiu utilizar expressões genéricas, ao prever no art. 1.223 do Código Civil vigente que "Perde-se a posse quando cessa, embora contra a vontade do possuidor, o poder sobre o bem, ao qual se refere o art. 1.196". Em suma, cessando os atributos relativos à propriedade, cessa a posse, que é perdida, extinta. O art. 520 do CC de 1916, ao contrário, enunciava expressamente os casos de perda da posse, que nos servem como exemplos ilustrativos (rol *numerus apertus*):

a) Pelo abandono da coisa (*derrelição*), fazendo surgir a coisa abandonada (*res derelicta*).

b) Pela tradição, entrega da coisa, que pode ser real, simbólica ou ficta, como já exposto.

c) Pela perda ou destruição da coisa possuída.

d) Se a coisa for colocada fora do comércio, isto é, se for tratada como bem inalienável (*inconsuntibilidade jurídica*, conforme a segunda parte do art. 86 do CC).

e) Pela posse de outrem, ainda contra a vontade do possuidor, se este não foi manutenido, ou reintegrado à posse em tempo competente.

f) Pelo constituto possessório ou cláusula *constituti*, hipótese em que a pessoa possuía o bem em nome próprio e passa a possuir em nome alheio (forma de aquisição e perda da posse, ao mesmo tempo).

Determina o art. 1.224 do atual Código Civil que só se considera perdida a posse para quem não presenciou o esbulho, quando, tendo notícia dele, se abstém de retornar a coisa, ou, tentando recuperá-la, é violentamente repelido. Em outras palavras, se o possuidor não presenciou o momento em que foi esbulhado, somente haverá a perda da posse se, informado do atentado à posse, não toma as devidas medidas necessárias ou se sofrer violência ao tentar fazê-lo, não procurando outros caminhos após essa violência.

A norma mantém íntima relação com a boa-fé objetiva, particularmente com a perda de um direito ou de posição jurídica pelo seu não exercício no tempo (*supressio*) e com a vedação do comportamento contraditório (*venire contra factum proprium non potest*). Isso porque o possuidor que não toma as medidas cabíveis ao ter conhecimento do esbulho não pode, após isso, insurgir-se contra o ato de terceiro. A lei acaba por presumir que a sua posse está perdida, admitindo-se, obviamente, prova em contrário.

Na doutrina atual, tem razão Marco Aurélio Bezerra de Melo, quando afirma que o art. 1.224 do CC está a possibilitar medidas judiciais, e não a autotutela civil prevista no art. 1.210, § 1.º, do CC. Isso para evitar "atos de barbárie de inestimáveis consequências, tão comuns nas questões jurídicas que decorrem da disputa pela posse da terra. Importa lembrar que a autotutela é excepcional e, deste modo, comporta interpretação restritiva. Melhor, sem dúvida, em casos que tais, submeter a lesão do possuidor ao Poder Judiciário que em se tratando de posse nova – menos de ano e dia – poderá conceder ao autor a antecipação da tutela possessória na forma prevista no art. 924 do CPC" (*Direito das coisas*..., 2007, p. 63). Com essa importante conclusão, encerra-se o estudo do tema.

2.6 COMPOSSE OU COMPOSSESSÃO

A composse ou compossessão é a situação pela qual duas ou mais pessoas exercem, simultaneamente, poderes possessórios sobre a mesma coisa. Há, portanto, um *condomínio de posses*. Na prática, a composse pode ser decorrente de contrato ou de herança, tendo origem *inter vivos* ou *mortis causa*.

Exemplificando, em caso envolvendo o contrato, pense-se na hipótese de uma doação conjuntiva, a dois donatários, mantendo ambos a posse sobre o imóvel doado. Na herança, pode ser citada a situação dos herdeiros antes da partilha dos bens, ainda em curso o inventário.

Em casos tais, os compossuidores podem usar livremente a coisa, conforme seu destino, e sobre ela exercer seus direitos compatíveis com a situação de indivisão. Essa conclusão é retirada do art. 1.199 do CC, pelo qual "Se duas ou mais pessoas possuírem coisa indivisa, poderá cada uma exercer sobre ela atos possessórios, contanto que não excluam os dos outros compossuidores".

Portanto, desde que não haja exclusão do direito alheio, qualquer um dos possuidores poderá fazer uso das ações possessórias, no caso de atentado praticado por terceiro. Além disso, caberá a utilização das medidas de autotutela, nos moldes do art. 1.210, § 1.º, do CC.

Quanto à ação de reintegração de posse na composse, os julgados a seguir, do Superior Tribunal de Justiça, servem como exemplos:

"Ação de reintegração de posse. Autorização do cônjuge. 1. Não desfeita a sociedade conjugal a comunhão dos bens acarreta a composse, impondo-se a incidência do art. 10, § 2.º, do CPC para o ajuizamento da ação de reintegração de posse. 2. Recurso especial não conhecido" (STJ, REsp 222.568/BA, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, 3.ª Turma, j. 15.05.2000, *DJ* 26.06.2000, p. 162).

"Reintegração de posse. Concubina. Composse. É de reconhecer-se a tutela possessória à concubina que permaneceu ocupando o apartamento após a morte do companheiro de longos anos e que postula, em ação própria, a meação do bem adquirido na constância da sociedade de fato, mediante o esforço comum. Recurso especial conhecido e provido" (STJ, REsp 10.521/PR, Rel. Min. Barros Monteiro, 4.ª Turma, j. 26.10.1992, *DJ* 04.04.1994, p. 6.684).

Ainda a título de ilustração, em julgado recente, a mesma Corte Superior admitiu a propositura de ação de reintegração de posse de um herdeiro compossuidor em face do outro. A decisão foi assim publicada no *Informativo* n. *431* do STJ:

"Princípio *saisine*. Reintegração. Composse. Cinge-se a questão em saber se o compossuidor que recebe a posse em razão do princípio *saisine* tem direito à proteção possessória contra outro compossuidor. Inicialmente, esclareceu o Min. Relator que, entre os modos de aquisição de posse, encontra-se o *ex lege*, visto que, não obstante a caracterização da posse como poder fático sobre a coisa, o ordenamento jurídico reconhece, também, a obtenção desse direito pela ocorrência de fato jurídico – a morte do autor da herança –, em virtude do princípio da *saisine*, que confere a transmissão da posse, ainda que indireta, aos herdeiros independentemente de qualquer outra circunstância. Desse modo, pelo mencionado princípio, verifica-se a transmissão da posse (seja ela direta ou indireta) aos autores e aos réus da demanda, caracterizando, assim, a titularidade do direito possessório a ambas as partes. No caso, há composse do bem em litígio, motivo pelo qual a posse de qualquer um deles pode ser defendida todas as vezes em que for molestada por estranhos à relação possessória ou, ainda, contra ataques advindos de outros compossuidores. *In casu*, a posse transmitida é a civil (art. 1.572 do CC/1916), e não a posse natural (art. 485 do CC/1916). Existindo composse sobre o bem litigioso em razão do *droit de saisine* é direito do compossuidor esbulhado o manejo de ação de reintegração de posse, uma vez que a proteção à posse molestada não exige o efetivo exercício do poder fático – requisito exigido pelo tribunal de origem. O exercício fático da posse não encontra amparo no ordenamento jurídico, pois é indubitável que o herdeiro tem posse (mesmo que indireta) dos bens da herança, independentemente da prática de qualquer outro ato, visto que a transmissão da posse dá-se *ope legis*, motivo pelo qual lhe assiste o direito à proteção possessória contra eventuais atos de turbação ou esbulho. Isso posto, a Turma deu provimento ao recurso para julgar procedente a ação de reintegração de posse, a fim de restituir aos autores da ação a composse da área recebida por herança. Precedente citado: REsp 136.922-TO, *DJ* 16.03.1998" (STJ, REsp 537.363/RS, Rel. Min. Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ-RS), julgado em 20.04.2010).

Em relação a terceiros, como se fossem um único sujeito, qualquer dos possuidores poderá usar os remédios possessórios que se fizerem necessários, tal como acontece no condomínio. Como ficou claro, há composse de bens entre cônjuges, de acordo com as correspondentes regras de regime de bens; e também entre conviventes ou companheiros, havendo união estável (art. 1.723 do CC).

Relativamente ao seu estado, a composse admite a classificação a seguir:

a) *Composse pro indiviso* ou *indivisível* – é a situação em que os compossuidores têm *fração ideal da posse*, pois não é possível determinar, no plano fático e corpóreo, qual a parte de cada um. Exemplo: dois irmãos têm a posse de uma fazenda e ambos exercem-na sobre todo o imóvel, retirando dele produção de hortaliças.
b) *Composse pro diviso* ou *divisível* – nesta situação, cada compossuidor sabe qual a sua parte, que é determinável no plano fático e corpóreo, havendo uma *fração real da posse*. Exemplo: dois irmãos têm a composse de uma fazenda, que é dividida ao meio por uma cerca. Em metade dela um irmão tem uma plantação de rabanetes; na outra metade o outro irmão cultiva beterrabas.

No último caso, conforme entendeu o Tribunal de Justiça de São Paulo, cada possuidor somente poderá defender a posse correspondente à sua fração real:

"Possessória. Reintegração de posse. Não demonstração da posse dos autores sobre a totalidade do bem. Comprovação de que

ocupavam apenas a frente do imóvel enquanto que os réus habitavam os fundos desde 1990. Alegação de composse afastada por exercer cada parte sua posse de forma autônoma e independente (*pro diviso*). Existência, ademais, de muro divisório entre tais áreas. Esbulho não caracterizado. Ação improcedente. Recurso desprovido" (TJSP, Apelação 1054667-7, São Paulo, 21.ª Câmara de Direito Privado, 19.10.2005, Rel. Silveira Paulilo, v.u., Voto 14.410).

Findando o capítulo, como se verá mais à frente na presente obra, o condomínio, com o qual a composse mantém íntima relação, admite a mesma classificação exposta.

RESUMO ESQUEMÁTICO

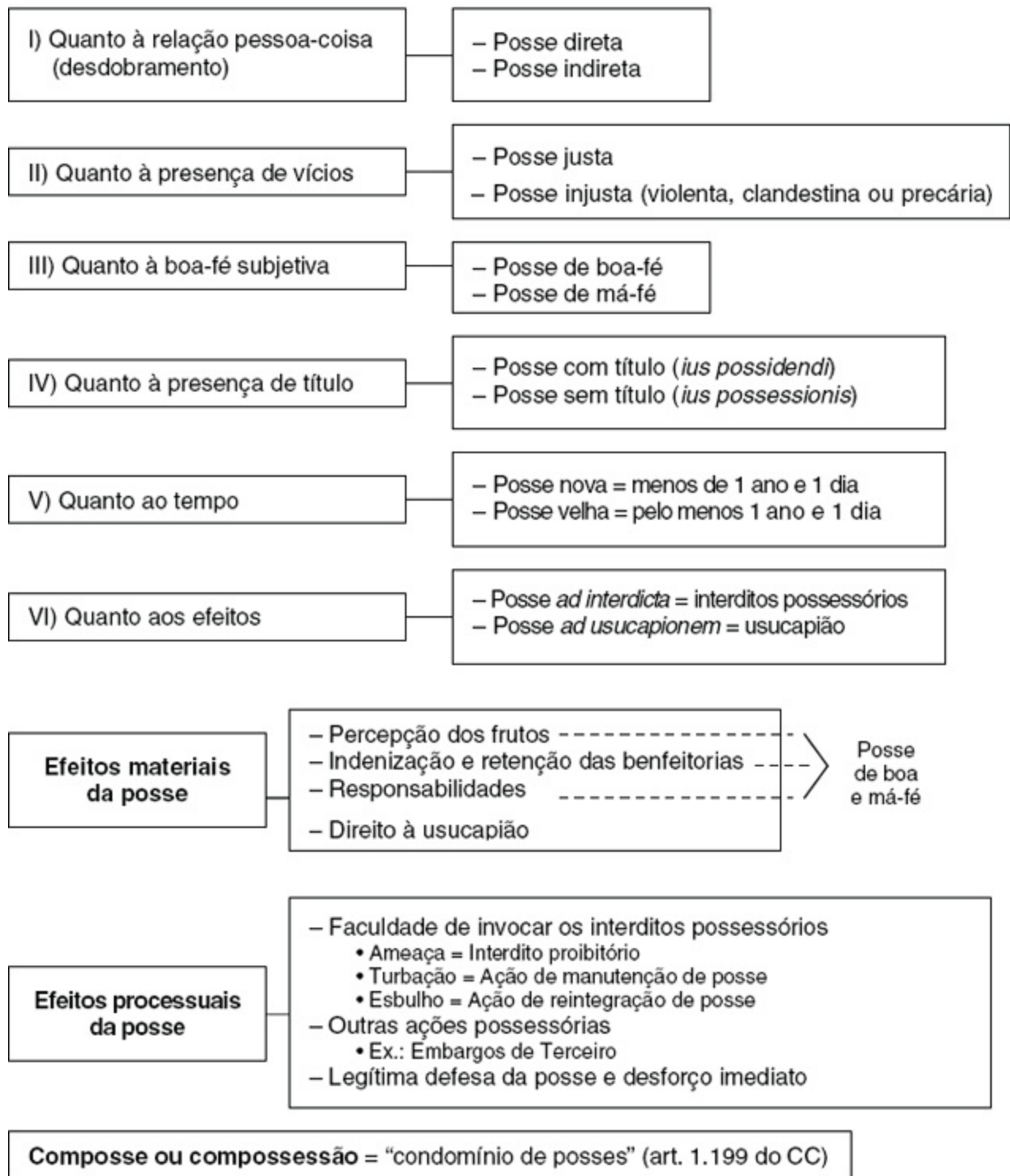
Posse. Conceito

Domínio fático sobre a coisa. Exercício de um dos atributos da propriedade (art. 1.196 do CC).

Teorias justificadoras

A) Teoria Subjetivista ou Subjetiva (Savigny). Posse = *Corpus* + *Animus Domini*. Não foi a adotada.

B) Teoria Objetivista ou Objetiva (Ihering). Posse = *Corpus*. Teoria adotada na visão clássica.

C) Teoria da Função Social da Posse (Saleilles, Perozzi e Gil). Posse é função social (posse-trabalho). Tendência contemporânea.

QUESTÕES CORRELATAS

1. (TJ/GO 2007) Assinale a resposta certa:

O direito de retenção por benfeitorias poderá ser exercido pelo possuidor de boa-fé:

(A) para a indenização das benfeitorias úteis e necessárias.

(B) apenas para a indenização das benfeitorias necessárias.

(C) para a indenização de qualquer tipo de benfeitorias.

(D) apenas para a indenização das benfeitorias úteis.

2. (TJ/PR 2007) Sobre a posse, assinale a alternativa correta.

(A) Mantém-se no Código Civil de 2002 a previsão expressa de que não deve ser julgada a posse em favor daquele a quem evidentemente não pertencer o domínio.

(B) Na evicção, o possuidor de boa-fé tem direito de ser indenizado pelas benfeitorias úteis e necessárias que realizar no imóvel pelo seu valor atual, exceto quando as benfeitorias não mais existirem: nesse caso, serão indenizadas pelo valor do seu custo.

(C) No sistema jurídico brasileiro, considera-se detentor aquele que exerce poder de fato sobre a coisa sem, todavia, fazê-lo com *animus domini*, já que este elemento subjetivo é essencial à caracterização da posse.

(D) A posse precária adquirida pelo *de cujus* não perde esse caráter quando transmitida *mortis causa* aos seus sucessores, ainda que estes estejam de boa-fé.

3. (178.º Concurso TJ/SP) Assinale a única afirmativa inteiramente correta.

(A) Ao possuidor de má-fé serão ressarcidas as benfeitorias úteis e necessárias, mas só lhe assiste o direito de retenção pela importância das necessárias.

(B) O possuidor de má-fé responde por todos os frutos colhidos e percebidos, bem como pelos que, por culpa sua, deixou de perceber, desde o momento em que se constituiu de má-fé; tem direito às despesas de produção e custeio.

(C) O possuidor de boa-fé tem direito à indenização das benfeitorias úteis, necessárias e voluptuárias e pode exercer direito de retenção pelo valor de todas elas.

(D) O reivindicante, obrigado a indenizar as benfeitorias, deve pagar o valor atualizado delas, valor esse que, apurado pela perícia, não poderá ultrapassar o reclamado pelo possuidor.

4. (TJ/MG 2005) Conforme dispõe o Código Civil, é injusta a posse:

(A) exclusiva.

(B) periódica.

(C) precária.

(D) absoluta.

5. (Advogado Nossa Caixa – FCC/2011) Aquele que, achando-se em relação de dependência para com outro, conserva a posse em nome deste e em cumprimento de ordens ou instruções suas, considera-se

(A) possuidor indireto.

(B) detentor.

(C) possuidor direto.

(D) possuidor clandestino.

(E) proprietário.

6. (Magistratura DF – 2011) Nos termos da lei civil, "considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade". Ao possuidor de boa-fé a lei civil confere certas prerrogativas. Dentro desse esquadro, considere as proposições abaixo e assinale a incorreta:

(A) É de boa-fé a posse, se o possuidor ignora o vício, ou o obstáculo que impede a aquisição da coisa;

(B) O possuidor de boa-fé não responde pela perda ou deterioração da coisa, a que não der causa;

(C) O possuidor de boa-fé tem direito à indenização das benfeitorias necessárias, úteis e voluptuárias. Consequentemente, pelo valor das mesmas poderá exercer o direito de retenção;

(D) A posse de boa-fé só perde este caráter no caso e desde o momento em que as circunstâncias façam presumir que o possuidor não ignora que possui indevidamente.

7. (Magistratura Rondônia – PUC/PR/2011) Acerca do Direito das Coisas, avalie as assertivas abaixo:

I – Os interditos possessórios previstos em nosso ordenamento são a Ação de Reintegração de Posse, a Ação de Manutenção de Posse, o Interdito Proibitório e a Ação Reinvidicatória.

II – Não induzem posse os atos de mera permissão ou tolerância, mas quando o detentor exerce poderes de fato sobre a coisa é considerado possuidor para todos os fins.

III – É de boa-fé a posse quando o possuidor, embora não ignore os vícios ou obstáculos que impedem a aquisição da

coisa, está comprometido em sanar o vício ou remover os obstáculos em um prazo determinado.

IV – O direito à indenização por benfeitorias necessárias é devido ao possuidor de má-fé.

Está(ão) CORRETA(S):

(A) Apenas as assertivas I e IV.

(B) Apenas as assertivas II e III.

(C) Apenas a assertiva I.

(D) Apenas a assertiva IV.

(E) Todas as assertivas.

8. (MP/GO 2005) Acerca da posse é correto afirmar:

(A) é uma situação fática com carga potestativa, que em decorrência da relação socioeconômica formada entre um bem e um sujeito, produz efeitos que se refletem no mundo jurídico.

(B) a posse exclusiva e a posse absoluta se confundem num mesmo conceito, tendo pertinência à titularidade do poder de fato sobre um único bem.

(C) diz-se que a composse pode ser pro diviso ou pro indiviso, sendo que na primeira todos os sujeitos da comunhão têm poderes sobre a coisa na sua inteireza.

(D) pelo Código Civil de 2002 não mais se admite o constituto possessório como forma de aquisição e perda da posse.

9. (MP/GO 2004) Examine as assertivas abaixo:

I – Ao tratar da posse, ao contrário do Código Civil de 1.916, o atual se afastou da teoria objetiva de Ihering, abraçando a concepção subjetiva proposta do Savigny.

II – Vedado pelo Código de 1.916, o constituto possessório figura no atual como forma de aquisição da posse de coisa imóvel.

III – O sucessor, quer universal, quer singular, continua de direito a posse de seu antecessor.

IV – Pondo fim a célebre polêmica, o atual Código Civil acolheu expressamente a exceção de domínio em ação possessória.

(A) I e II são corretas;

(B) III e IV são corretas;

(C) todas são corretas;

(D) nenhuma é correta.

10. (Delegado de Polícia Civil GO 2003) Certo fazendeiro, que era parceiro, comprou as reses objeto da parceria. No presente caso, a tradição recebe o nome específico de

(A) *traditio brevi manu*.

(B) *traditio longa manu*.

(C) *constituto prossessorio*.

(D) *traditio ficta*.

11. (TJ/RS 2003) Assinale a assertiva correta.

(A) O usufruto em favor de pessoa jurídica é perpétuo se ela perdurar por mais de 100 (cem) anos.

(B) O possuidor direto pode defender sua posse contra o possuidor indireto.

(C) O exercício de alguns dos poderes inerentes à propriedade, com a utilização da violência, configura de imediato posse injusta.

(D) A enfiteuse de terrenos de marinha está vedada no ordenamento jurídico brasileiro.

(E) A usucapião de imóvel se adquire com o registro da sentença concessiva no Registro de Imóveis.

12. (MP/RO 2006) Assinale a alternativa INCORRETA:

Falando-se de ações possessórias, é correto afirmar que:

(A) se “A” (autor) propõe possessória contra “B” (réu), caso “B” queira defender se revertendo a situação, provando ser ele a vítima do esbulho ou turbação, é necessário que “B” use a via da reconvenção;

(B) se uma pessoa intenta interdito proibitório, quando deveria ter ingressado com ação de manutenção de posse, não haverá qualquer problema, porque se tratam de ações fungíveis;

(C) é lícito ao autor da possessória pedir, além da proteção específica para sua posse, a indenização por perdas e danos;

(D) para o possuidor casado, é desnecessária a vênia conjugal para a interposição da ação possessória;

(E) todas as alternativas acima contêm afirmações incorretas.

13. (MP/TO 2004) Com referência à posse, julgue os itens que se seguem.

I – Configurada a boa-fé do possuidor que tenha realizado no imóvel alheio benfeitorias ou acessões, impõe-se o dever de indenização por parte do titular do domínio, assim como o direito à retenção do bem pelas benfeitorias e acessões produzidas pelo possuidor ou detentor.

II – Somente as benfeitorias necessárias e úteis são passíveis de indenização e asseguram ao possuidor de boa-fé o direito de retenção. As acessões erigidas pelo possuidor de boa-fé em terreno alheio, embora passíveis de indenização, não conferem ao possuidor o direito de retenção do imóvel até seu efetivo pagamento.

III – O possuidor não deverá ser mantido na posse se, contra ele, for exibido título de propriedade ou outro título de posse, que possa ser considerado melhor que o seu.

IV – Se uma pessoa adquiriu a posse do bem por meio de autorização verbal concedida pela proprietária, não há que se falar em posse justa, em face do vício no modo de sua aquisição.

V – A posse direta se confunde com a detenção, pois o detentor exerce atos possessórios enquanto o proprietário exerce a posse indireta sobre o bem objeto da relação jurídica.

Estão certos apenas os itens

(A) I e III.

(B) I e V.

(C) II e III.

(D) II e IV.

(E) IV e V.

14. (MP/TO 2006) A respeito da posse e da propriedade, assinale a opção correta.

(A) A ocupação de bem público dominical por particulares, com a tolerância da administração pública, gera, para o detentor da posse, o direito de ser indenizado pelas benfeitorias úteis e necessárias erigidas no imóvel, sendo-lhe assegurado o direito de retenção até o recebimento integral das benfeitorias.

(B) No curso de ação possessória, o proprietário do imóvel objeto da ação, em defesa de seu domínio, poderá ajuizar ação reivindicatória contra qualquer um dos litigantes ou ação de oposição contra ambos.

(C) O ajuizamento de ação de manutenção de posse não obsta a que o juiz conheça do pedido e outorgue a proteção relativa à reintegração de posse, conforme a caracterização da turbação ou do esbulho, em face do princípio da fungibilidade.

(D) A instituição de um imóvel como bem de família voluntário constitui motivo impeditivo à sua aquisição por usucapião. Para a instituição do bem de família, exige-se a indicação em escritura pública de sua impenhorabilidade e inalienabilidade, razão pela qual, ainda que o imóvel determinado não esteja servindo de domicílio à família do instituidor, este não pode ser adquirido por usucapião.

15. (MAGISTRATURA/MG – VUNESP – 2012) Analise as afirmativas seguintes.

I. Os atos violentos autorizam a aquisição da posse depois de cessar a violência.

II. A posse pode ser adquirida por terceiro sem mandato, que fica dependendo de ratificação.

III. A pessoa que tem a coisa em seu poder, temporariamente, em virtude de direito real, anula a posse indireta, de quem aquela foi havida.

IV. Ao possuidor de má-fé assiste o direito de retenção pela importância das benfeitorias necessárias.

Estão corretas apenas as afirmativas

(A) I e II.

(B) I e III.

(C) II e III.

(D) III e IV.

16. (Procurador BACEN 2002) A posse do locatário de coisa é:

(A) indireta.

(B) não derivada.

(C) direta temporária.

(D) natural.

(E) *ad usucapionem*.

17. (Procurador BACEN 2002) O exercício do poder expropriatório, previsto no novo Código Civil, pelo poder judiciário, poderá dar-se se:

(A) o possuidor, contínua e incontestadamente, houver estabelecido, por 10 anos, no imóvel sua morada ou nele realizado obras ou serviços, independentemente de justo título e boa-fé.

(B) alguém possuir, contínua e incontestadamente, por 5 anos, imóvel que adquiriu onerosamente, com base em registro, posteriormente cancelado, nele estabelecendo sua morada ou fazendo investimentos socioeconômicos.

(C) houver posse ininterrupta e de boa-fé por número considerável de pessoas, por mais de 5 anos, que realizou obras e serviços de interesse social e econômico em extensa área imobiliária reivindicada pelo seu proprietário.

(D) houver posse contínua, sem oposição, por 5 anos de prédio urbano de até 250 m^2, por quem nele fixar sua morada ou a de sua família.

(E) alguém possuir por 5 anos, continuamente e sem oposição, área rural não superior a 50 hectares, tornando-a produtiva.

18. (PFN 2006) Adquire-se a posse:

(A) pelo próprio interessado, seu representante ou procurador, terceiro sem mandato e pelo constituto possessório.

(B) pelo próprio interessado, seu representante ou procurador, terceiro sem mandato (dependendo de ratificação) e pelo constituto possessório.

(C) pelo próprio interessado e pelo constituto possessório.

(D) pelo próprio interessado, seu representante ou procurador (dependendo de ratificação), terceiro sem mandato e pelo constituto possessório.

(E) pelo próprio interessado, seu representante ou procurador e por terceiro sem mandato (dependendo de ratificação).

19. (VII Exame de Ordem Unificado – FGV) Acerca do instituto da posse é correto afirmar que

(A) o Código Civil estabeleceu um rol taxativo de posses paralelas.

(B) é admissível o interdito proibitório para a proteção do direito autoral.

(C) fâmulos da posse são aqueles que exercitam atos de posse em nome próprio.

(D) a composse é uma situação que se verifica na comunhão *pro indiviso*, do qual cada possuidor conta com uma fração ideal sobre a posse.

20. (Defensoria Pública SP 2006) Dá-se o *traditio breve manu* quando

(A) o possuidor de uma coisa em nome alheio passa a possuí-la como própria.

(B) o sucessor universal continua com direito a posse do antecessor.

(C) a posse puder ser continuada com a soma do tempo do atual possuidor com a posse de seus antecessores.

(D) o possuidor de um imóvel em nome próprio passa a possuí-lo em nome alheio.

(E) se exerce a posse em razão de uma situação de dependência econômica ou de um vínculo de subordinação.

21. (MP/SP 83.º) De acordo com o que estabelece o art. 1.200 do CC, é justa a posse que não for violenta, clandestina ou precária. E nos termos do art. 1.201 do mesmo diploma, está dito que é de boa-fé a posse, se o possuidor ignora o vício ou o obstáculo que impede a aquisição da coisa. Diante de tais enunciados,

(A) quem pacificamente ingressar em terreno de outrem, sem ter a preocupação de ocultar a invasão, estará praticando esbulho, apesar de sua conduta não se identificar com nenhum dos três vícios referidos no art. 1.200 do CC.

(B) presume-se ser possuidor de boa-fé, quem de forma não violenta obtiver e apresentar justo título para transferir o domínio ou a posse, não se admitindo prova em contrário em nenhuma hipótese.

(C) a boa-fé mostra-se como sendo circunstância essencial para o uso das ações possessórias, mesmo que a posse seja justa, e o possuidor de má-fé não tem ação para proteger-se de eventual ataque à sua posse.

(D) obtida a posse por meio clandestino, será injusta em relação ao legítimo possuidor, e injusta também no que toca a um eventual terceiro que não tenha posse alguma.

(E) caso venha a ser produzida em juízo prova visando à mudança do caráter primitivo da posse, esta não perderá aquele caráter com que foi adquirida, ainda que alguém que tendo a posse injusta do bem obtido por meio de violência, venha a adquiri-lo posteriormente por meio de escritura de compra e venda.

22. (CESPE/UnB – Procurador do Tribunal de Contas do DF/2002) A respeito da posse e do usucapião, julgue o item subsequente, à luz da legislação em vigor: Considere a seguinte situação hipotética. Marcos adquiriu imóvel de propriedade de Silva, intentando destinar o bem a locação. Assim, Silva veio a alugar o bem alienado, não tendo, em momento algum, deixado de habitar o imóvel. Nessa situação, operou-se o constituto possessório, uma vez que, tendo adquirido o domínio, Marcos foi investido tão somente na posse indireta do imóvel.

23. (Procurador do Estado/SP – FCC/2012) Tício celebra contrato de locação de imóvel com Caio. Em razão de férias, Caio se ausenta do lar por 90 dias, e neste período Lúcio invade o imóvel, fato que chega ao imediato conhecimento de Tício. Neste caso, Tício

(A) e Caio têm legitimidade para pleitear proteção possessória.

(B) pode dar o contrato de locação por resolvido, e mover ação de despejo em face de Lúcio, mais célere que a possessória.

(C) não poderá pleitear reintegração de posse, pois apenas Caio tem interesse jurídico em fazer cessar o esbulho.

(D) poderá pleitear reintegração de posse, desde que notifique previamente Lúcio para que desocupe o imóvel no prazo de 30 dias.

(E) pode pleitear reintegração de posse para fazer cessar o esbulho, desde que previamente autorizado por Caio.

24. (Procuradoria do Estado SE 2005) É de boa-fé a posse

(A) depois de decorrido prazo para aquisição da propriedade por usucapião ordinária.

(B) se, entre presentes, for tolerada pelo proprietário ou pelo titular de domínio útil.

(C) somente se autorizada expressamente pelo proprietário ou pelo titular do domínio útil.

(D) se o possuidor ignorar o vício ou o obstáculo que impede a aquisição da coisa.

(E) apenas quando o possuidor ostentar título de domínio.

25. (Delegado de Polícia DF 2005) Em virtude de viagem, Adriano solicitou de Sérgio que guardasse, durante o período em que estivesse viajando, alguns pertences seus, entre os quais um automóvel, uma motocicleta e um computador.

Convencionaram um valor fixo que seria pago por Adriano pela guarda dos bens. Dez dias depois, aproximadamente, Priscila, irmã de Adriano, esteve na residência de Sérgio e exigiu a entrega do computador, pois este lhe pertencia. Diante da negativa de Sérgio em entregar o computador, Priscila tentou usar de violência para pegar o bem. Pode-se afirmar que, neste caso:

(A) Sérgio pode fazer uso da autodefesa da posse, pois é possuidor do bem;

(B) Sérgio somente pode solucionar a questão ajuizando uma ação de manutenção de posse;

(C) Sérgio somente pode solucionar a questão ajuizando uma ação de reintegração de posse;

(D) Sérgio somente pode solucionar a questão ajuizando uma ação de interdito proibitório;

(E) Sérgio nada pode fazer, pois é mero detentor do bem.

26. (VUNESP/MAGISTRATURA/RJ/2012) O possuidor

(A) de boa-fé não responde pela perda ou deterioração da coisa, a que não der causa, já o possuidor de má-fé responde pela perda, ou deterioração da coisa, ainda que venha provar que de igual modo se teriam dado, estando ela na posse do reivindicante.

(B) de má-fé terá direito ao ressarcimento de benfeitorias necessárias e úteis e a levantar as voluptuárias sem, contudo, lhe assistir o direito de retenção pela importância destas.

(C) de boa-fé tem direito à indenização das benfeitorias necessárias e úteis, bem como, quanto às voluptuárias, se não lhe forem pagas, a levantá-las, quando o puder, sem detrimento da coisa, não podendo exercer o direito de retenção pelo valor das benfeitorias úteis.

(D) de má-fé não responderá pela perda, ou deterioração da coisa, ainda que acidentais, se provar que de igual modo se teriam dado, estando ela na posse do reivindicante.

27. (TRF 1.ª Região/Juiz Federal Substituto/2002) Tendo em conta as asserções abaixo, assinale a alternativa correta:

I – quando o proprietário aliena a coisa, mas continua na sua posse como locatário, ocorre a *traditio brevi manu*.

II – o fideicomisso – segmento fideicomitente/fiduciário – constitui um exemplo de propriedade resolúvel.

III – a exceção de domínio somente pode ser oposta no juízo possessório quando contendores disputam a posse como proprietários.

IV – o *jus possidendi* é o direito de posse fundado no direito de propriedade.

(A) somente a II e a IV estão corretas.

(B) somente a II está correta.

(C) somente a IV está correta.

(D) somente a I e a IV estão corretas.

28. (19.º PGR/MPF – Procurador da República 2002) Em matéria de posse, é correto afirmar que:

(A) o justo título gera presunção, *juris et de jure*, de boa-fé;

(B) o direito de retenção tem seu fulcro na cláusula geral de boa-fé, subjacente a todos os contratos;

(C) pelo *constituto possessório* ocorre a aquisição da posse, sem a entrega material do bem;

(D) a composse somente é admitida em relação aos bens indivisíveis.

29. (TRF 5.ª Região 2007) Quanto aos direitos reais e à posse, julgue o item seguinte: As servidões, que são restrições existentes em um prédio em proveito de outro, pertencentes a proprietários distintos, constituem-se por meio de negócio jurídico bilateral ou unilateral, por usucapião e por interesse coletivo, sendo exigido registro no cartório de registro de imóveis.

30. (TRF 5.ª Região 2007) Quanto aos direitos reais e à posse, julgue o item seguinte: Para o reconhecimento do direito de retenção, seja por acessões, seja por benfeitorias necessárias, úteis ou voluptuárias, exigem-se a demonstração da coexistência da posse de um determinado bem imóvel e a prova da propriedade dos bens a serem indenizados.

31. (Defensoria Pública AM 2003) Em relação à posse e à propriedade, julgue o item a seguir: O direito de retenção consiste na faculdade do possuidor de manter o poder de fato sobre a coisa alheia, com o objetivo de receber do retomante a indenização pelas benfeitorias necessárias e úteis nela realizadas de boa-fé.

32. (TJ/BA 2004) Julgue os itens seguintes, referentes a posse e propriedade.

32.1 A aquisição da posse só ocorre com o exercício do poder de ingerência sobre o bem.

32.2 Os julgamentos dos interditos possessórios pautam-se apenas nas questões pertencentes ao mundo dos fatos; a eventual alegação de direito real sobre o bem litigioso servirá apenas como mais um elemento de prova.

32.3 Apenas o possuidor de posse velha, no caso de turbação ou esbulho, pode manter-se ou restituir-se na posse por sua própria força.

32.4 O possuidor de má-fé tem direito de ser ressarcido apenas pelas benfeitorias necessárias, assistindo-lhe direito de retenção pela importância a elas referente.

32.5 A adjudicação compulsória de bem imóvel é devida ao promitente comprador titular de direito real.

33. (AGU 2006) Julgue o item seguinte, acerca da posse e da propriedade: A ocupação de bem público dominical traz como consequência o reconhecimento da posse tolerada, afigurando-se admissível o pleito de proteção possessória e assegurando-se ao possuidor indenização pelas benfeitorias feitas no imóvel, bem como a

prerrogativa do direito de retenção.

34. (Procurador do Estado AP 2006) Julgue o item seguinte, a respeito do direito das coisas: Considere que uma pessoa ocupe há mais de dez anos uma área de domínio público, onde exerce atividade comercial de vendas de plantas ornamentais e flores, alegando que adquiriu o direito de exploração do comércio de terceira pessoa que, à época, detinha termo de ocupação e alvará de funcionamento do comércio. Nessa situação, para reaver a posse do imóvel, a administração pública deverá notificar o ocupante para que desocupe a terra pública. Caso a desocupação não ocorra mesmo após a devida notificação, estará configurado o esbulho pela não devolução das áreas ocupadas.

35. (CESPE/UnB – Procurador do Tribunal de Contas do DF/2002) A respeito da posse e do usucapião, julgue os itens subsequentes, à luz da legislação em vigor.

35.1 A posse conseguida de modo violento, ainda que perdure por anos, não gera efeitos no âmbito do direito, não podendo, por conseguinte, ensejar a aquisição da propriedade por meio de usucapião, instituto esse que, ao dispensar a comprovação de justo título e boa-fé, não chancela que se alegue a violência em proveito próprio.

35.2 Aquele que detém a posse de imóvel em virtude de comodato jamais adquirirá a propriedade do bem por meio de usucapião, ainda que o uso do imóvel perdure por mais de vinte anos.

36. (Magistratura do Mato Grosso – 2006). Considerando o direito possessório, responda às seguintes questões:

a) Em razão do desforço imediato, é possível exigir a função social da posse aplicada em conjunto com o princípio da igualdade substancial? Explique e fundamente a resposta.

b) Qual o sentido teleológico da proteção jurídica da posse?

Gabarito fornecido pela instituição

a) Sim, o desforço imediato é a consequência da aparência de propriedade que lhe é inerente na situação de se configurar a função social da posse, em contrário. A função social da posse advém da função social da propriedade (art. 5.º, inc. XXIII, CF), aplicada em conjunto com o princípio da isonomia substancial (art. 5.º, *caput*, CF).

Ainda, de forma indireta, conforme arts. 183 e 191, CF.

Não há disposição específica na Constituição ou em lei ordinária que trate da função social da posse, mas ela é excluída destas normas.

Situação já abordada, por exemplo, pelo Tribunal de Alçada de Minas Gerais, no agravo de instrumento 425.429-9, 2.ª Turma Cível, rel. Juiz Alberto Vilas Boas.

"A função social da posse pode ser independentemente da expressa previsão do legislador constitucional ou infraconstitucional. Sendo a posse o exercício fático de algumas das posições jurídicas ao domínio, a função social da propriedade (art. 5.º, inc. XXIII, da Constituição Federal) é plenamente aplicável a ela" (Renato Duarte Franco de Moraes. A função social da posse. *Direito Civil* – Estudos em homenagem à professora Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka. São Paulo: Método, 2006).

b) Conforme a teoria de Ihering, adotada em nossa codificação atual e na anterior, a posse merece proteção em razão do desdobramento da aparência de propriedade, defendendo-se aquilo que aparenta ser de acordo com o direito.

Evitam-se conflitos e o uso da violência, o que não ocorreria se não houvesse a estabilidade conferida pela proteção possessória.

"Em suma, o bem jurídico inicialmente tutelado com a defesa da posse é o exercício fático das posições jurídicas do domínio. Com isso, defende-se mediatamente a paz social" (Renato Duarte Franco de Moraes. A função social da posse. *Direito Civil* – Estudos em homenagem à professora Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka. São Paulo: Método, 2006).

37. (DEFENSORIA PÚBLICA/SP – FCC/2010) Assinale a alternativa INCORRETA.

(A) Quando mais de uma pessoa se disser possuidora, será mantida na posse aquela que tiver justo título e estiver na detenção da coisa.

(B) É lícito o uso da força própria indispensável para a manutenção ou reintegração da posse.

(C) O possuidor tem direito à manutenção ou à reintegração da coisa, inclusive frente ao proprietário.

(D) Diante da pretensão daquele que se diz possuidor, o proprietário da coisa pode opor exceção fundada no domínio.

(E) Na disputa da posse fundada em domínio, a posse é daquele que dispõe de evidente título de propriedade.

38. (MP/SE – CESPE/2010) Adquire-se a posse

(A) pelo próprio interessado, seu representante ou procurador, terceiro sem mandato (independentemente de ratificação) e pelo constituto possessório.

(B) pelo próprio interessado, seu representante ou procurador, terceiro sem mandato (dependendo de ratificação) e pelo constituto possessório.

(C) pelo próprio interessado e pelo constituto possessório, apenas.

(D) pelo próprio interessado, seu representante ou procurador (dependendo de ratificação), terceiro sem mandato e pelo constituto possessório.

(E) pelo próprio interessado, seu representante ou procurador e por terceiro sem mandato (dependendo de ratificação), apenas.

39. (DPE/TO – CESPE – 2013) Com relação a posse, assinale a opção correta.

(A) Nas ações possessórias, é indispensável a outorga uxória no polo ativo, assim como o litisconsórcio é necessário no polo passivo da demanda.

(B) As teorias sociológicas da posse conferem primazia aos valores sociais nela impregnados, como um poder fático de ingerência socioeconômica concreta sobre a coisa, com autonomia em relação à propriedade e aos direitos reais.

(C) Tanto na teoria subjetiva quanto na objetiva, a posse é caracterizada como a conjugação do elemento corpus com o elemento animus, caracterizando-se o animus, na primeira, como a vontade de ser dono, o *animus domini*, e, na segunda, referindo-se à própria coisa, o *animus rem sibi habendi*.

(D) A natureza jurídica da posse é a de direito real, haja vista que uma de suas características é a oponibilidade *erga omnes*, inclusive contra o proprietário.

(E) O direito de sequela do possuidor é absoluto, cedendo apenas ante o direito de propriedade por meio da ação reivindicatória, bem como ante a boa-fé de terceiros, o que se justifica pelo fato de não ser conferida à posse a mesma publicidade conferida à propriedade pelo registro ou tradição.

40. (DPE/AM – FCC – 2013) A posse

(A) é de má-fé mesmo que o possuidor ignore o vício.

(B) é adquirida quando se detém a coisa a mando de outrem.

(C) pode ser oposta ao proprietário.

(D) não pode ser defendida, em juízo, pelo possuidor indireto.

(E) quando turbada, autoriza o ajuizamento de ação de reintegração.

GABARITO

1 – A	2 – D	3 – B
4 – C	5 – B	6 – C
7 – D	8 – A	9 – D
10 – A	11 – B	12 – A
13 – A	14 – C	15 – A
16 – C	17 – C	18 – B

19 – D	20 – A	21 – A
22 – Certa	23 – A	24 – D
25 – A	26 – D	27 – C
28 – C	29 – Certa	30 – Errada
31 – Certa	32.1 – Errada	32.2 – Certa
32.3 – Errada	32.4 – Errada	32.5 – Certa
33 – Errada	34 – Certa	35.1 – Errada
35.2 – Certa	37 – D	38 – B
39 – B	40 – C	

3

DA PROPRIEDADE

Sumário: 3.1 Conceito de propriedade e de direito de propriedade. Direitos e faculdades dela decorrentes – 3.2 Disposições preliminares relativas à propriedade constantes do Código Civil de 2002. Suas principais limitações. A função social da propriedade. Aprofundamentos necessários – 3.3 Principais características do direito de propriedade – 3.4 A desapropriação judicial privada por posse-trabalho e a função social da propriedade. Análise do caso da *Favela Pullman* (STJ). Semelhanças e diferenças: 3.4.1 Estudo da desapropriação judicial privada por posse-trabalho (art. 1.228, §§ 4.º e 5.º, do CC); 3.4.2 As tentativas de orientação da desapropriação judicial privada por posse-trabalho, pelos enunciados aprovados nas jornadas de Direito Civil, do Conselho da Justiça Federal e do Superior Tribunal de Justiça; 3.4.3 O caso da Favela *Pullman* e a função social da propriedade; 3.4.4 Semelhanças e diferenças entre a desapropriação judicial privada e o julgamento do caso da *Favela Pullman* – 3.5 Da propriedade resolúvel. O enquadramento da propriedade fiduciária. Primeira abordagem – 3.6 Da propriedade aparente – 3.7 Formas de aquisição da propriedade imóvel. Formas originárias e derivadas: 3.7.1 Das acessões naturais e artificiais; 3.7.2 Da usucapião de bens imóveis; 3.7.3 Do registro do título; 3.7.4 Da sucessão hereditária de bens imóveis – 3.8 Formas de aquisição da propriedade móvel. Formas originárias e derivadas: 3.8.1 Da ocupação e do achado do tesouro (arts. 1.264 a 1.266 do CC). O estudo da descoberta (arts. 1.233 a 1.236 do CC); 3.8.2 Da usucapião de bens móveis (arts. 1.260 a 1.262 do CC). Aspectos materiais; 3.8.3 Da especificação (arts. 1.269 a 1.271 do CC); 3.8.4 Da confusão, da comistão e da adjunção (arts. 1.272 a 1.274 do CC); 3.8.5 Da tradição; 3.8.6 Da sucessão hereditária de bens móveis – 3.9 Da perda da propriedade imóvel e móvel – Resumo esquemático – Questões correlatas – Gabarito.

3.1 CONCEITO DE PROPRIEDADE E DE DIREITO DE PROPRIEDADE. DIREITOS E FACULDADES DELA DECORRENTES

O conceito de propriedade sempre foi objeto de estudo dos civilistas das mais diversas gerações que se dedicaram ao Direito Privado. Vejamos alguns desses conceitos, a fim de deixar bem claro o conteúdo da propriedade privada.

No Direito Civil Clássico, na era da codificação de 1916, Clóvis Beviláqua conceituava a propriedade como sendo o poder assegurado pelo grupo social à utilização dos bens da vida física e moral (*Direito das coisas*..., 2003, v. I, p. 127). Apesar de ser categorização que remonta ao século passado, a construção é interessante, uma vez que leva em conta tanto os bens corpóreos ou materiais quanto aqueles incorpóreos ou imateriais. Sendo assim, a título de ilustração, os direitos de autor e outros direitos de personalidade também poderiam ser objeto de uma *propriedade especial*, com fortes limitações.

De toda sorte, anote-se que tal ideia sempre foi refutada por parte considerável da doutrina nacional e estrangeira. Cite-se, no Brasil, Silmara Juny de Abreu Chinellato, para quem a propriedade somente recairia sobre bens corpóreos (CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. Direito de autor..., 2008, p. 79). Para a jurista, "A natureza jurídica híbrida, com predominância de direitos da personalidade, do direito de autor como direito especial, *suis generis*, terá como consequência não serem aplicáveis regras da propriedade quando a ele se referirem, nas múltiplas considerações das relações jurídicas" (p. 99). Entre os aspectos por ela destacados, demonstrando uma diferença de

tratamento dos direitos de autor, mencionem-se: “a) distinção entre corpo mecânico e corpo místico, sendo apenas o primeiro suscetível de propriedade e posse; b) aquisição da titularidade do direito de autor; c) prazo de duração limitado para direitos patrimoniais e ilimitado para direitos morais; d) não cabe usucapião quanto a nenhum dos direitos morais, aplicando-se, em tese ao corpo mecânico; e) perda do direito patrimonial depois de certo prazo, quando a obra cai em domínio público; f) inalienabilidade de direitos morais; g) ubiquidade da criação intelectual; h) diferente tratamento no regime de bens no casamento, entre a propriedade e o direito de autor” (CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. Direito de autor..., 2008, p. 99). As conclusões da Professora são precisas e corretas, diante da clara prevalência dos direitos morais de personalidade em sede de direito de autor.

Pois bem, feita tal pontuação, para Lafayette Rodrigues Pereira, em sentido genérico, o direito de propriedade abrange todos os direitos que formam o patrimônio, ou seja, todos os direitos que podem ser reduzidos a valor pecuniário (Direito das coisas..., 1943, v. I, p. 97). Também segundo o *Conselheiro*, em sentido estrito, o direito de propriedade deve ser entendido “como compreendendo tão somente o direito que tem por objeto direto ou imediato as coisas corpóreas”.

Em uma visão moderna e consolidada, Caio Mário da Silva Pereira leciona que não há um conceito inflexível de propriedade, apontando as alterações sociológicas que podem atingi-la (*socialização da propriedade*). São suas palavras:

> “Direito real por excelência, direito subjetivo padrão, ou ‘direito fundamental’ (Pugliatti, Natoli, Plainol, Ripert e Boulanger), a propriedade mais se sente do que se define, à luz dos critérios informativos da civilização romano-cristã. A ideia de ‘meu e teu’, a noção do assenhoreamento de bens corpóreos e incorpóreos independe do grau de cumprimento ou do desenvolvimento intelectual. Não é apenas o homem do direito ou do *business man* que a percebe. Os menos cultivados, os espíritos mais rudes, e até crianças têm dela a noção inata, defendem a relação jurídica dominial, resistem ao desapossamento, combatem o ladrão. Todos ‘sentem’ o fenômeno propriedade” (*Instituições*..., 2004, v. IV, p. 89).

Mais à frente, o renomado doutrinador conceitua a propriedade da seguinte forma: “a propriedade é o direito de usar, gozar e dispor da coisa, e reivindicá-la de quem injustamente a detenha” (PEREIRA, Cáio Mário da Silva. *Instituições*..., 2004, v. IV, p. 90). Como se vê, como tantos outros, a sua construção é relacionada com os atributos da propriedade.

Para Orlando Gomes, a propriedade é um direito complexo, podendo ser conceituada a partir de três critérios: o *sintético*, o *analítico* e o *descritivo*. Sinteticamente, para o jurista baiano, a propriedade é a submissão de uma coisa, em todas as suas relações jurídicas, a uma pessoa. No sentido analítico, ensina o doutrinador que a propriedade está relacionada com os direitos de usar, fruir, dispor e alienar a coisa. Por fim, descritivamente, a propriedade é um direito complexo, absoluto, perpétuo e exclusivo, pelo qual uma coisa está submetida à vontade de uma pessoa, sob os limites da lei (GOMES, Orlando. *Direitos reais*..., 2004, p. 109). Entre os doutrinadores modernos, esse parece ser o conceito mais atualizado e profundo de propriedade.

Entre os contemporâneos, Maria Helena Diniz conceitua a propriedade como sendo “o direito que a pessoa física ou jurídica tem, dentro dos limites normativos, de usar, gozar, dispor de um bem corpóreo ou incorpóreo, bem como de reivindicá-lo de quem injustamente o detenha” (*Curso*..., 2007, v. 4, p. 114). Como se pode notar, a professora da PUC/SP, a exemplo de Caio Mário, utiliza os atributos da propriedade para a sua construção.

Entre os juristas da atual geração e a partir dos seus conceitos internos e externos, Marco Aurélio

Bezerra de Melo conceitua a propriedade como sendo "o poder de senhoria que uma pessoa exerce sobre uma coisa, dela excluindo qualquer atuação de terceiro" (*Direito das coisas*..., 2007, p. 85). Para Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald "a propriedade é um direito complexo, que se instrumentaliza pelo domínio, possibilitando ao seu titular o exercício de um feixe de atributos consubstanciados nas faculdades de usar, gozar, dispor e reivindicar a coisa que lhe serve de objeto (art. 1.228 do CC)" (*Direitos reais*..., 2006, p. 178).

Demonstrando o quanto é complexa a sua visualização, Luciano de Camargo Penteado aponta cinco acepções fundamentais para a palavra propriedade. A *primeira acepção* é da *titularidade de um direito;* a *segunda* de um *direito subjetivo patrimonial*; a *terceira* de *todo e qualquer direito subjetivo real*; a *quarta* do *direito real pleno* e a *quinta* do *direito incidente sobre criações ou expressões artísticas e científicas (Direito das coisas*..., 2008, p. 147).

Reconhecendo que a propriedade está interligada a relações jurídicas complexas, Gustavo Tepedino propõe que o seu conceito seja construído a partir de múltiplos fatores. São suas as seguintes palavras:

> "A construção, fundamental para a compreensão das inúmeras modalidades contemporâneas de propriedade, serve de moldura para uma posterior elaboração doutrinária, que entrevê na propriedade não mais uma situação de poder, por si só e abstratamente considerada, o direito subjetivo por excelência, mas 'uma situazione giuridica tipica e complessa', necessariamente em conflito ou coligada com outras, que encontra a sua legitimidade na concreta relação jurídica na qual se insere.
>
> Cuida-se da tese que altera, radicalmente, o entendimento tradicional que identifica na propriedade uma relação entre sujeito e objeto, característica típica da noção de direito real absoluto (ou pleno), expressão da 'massima signoria sulla cosa' – formulação incompatível com a ideia de relação intersubjetiva.
>
> A propriedade, portanto, não seria mais aquela atribuição de poder tendencialmente plena, cujos confins são definidos externamente, ou, de qualquer modo, em caráter predominantemente negativo, de tal modo que, até uma certa demarcação, o proprietário tenha espaço livre para suas atividades e para a emanação de sua senhoria sobre o bem. A determinação do conteúdo da propriedade, ao contrário, dependerá de certos interesses extrapatrimoniais, os quais vão ser regulados no âmbito da relação jurídica de propriedade" (Contornos..., *Temas*..., 2004, p. 316).

Pois bem, a partir de todas essas construções, de ontem e de hoje, este autor igualmente procurará preencher o conceito de propriedade. Assim, *a propriedade é o direito que alguém possui em relação a um bem determinado. Trata-se de um direito fundamental, protegido no art. 5.º, inc. XXII, da Constituição Federal, mas que deve sempre atender a uma função social, em prol de toda a coletividade. A propriedade é preenchida a partir dos atributos que constam do Código Civil de 2002 (art. 1.228), sem perder de vista outros direitos, sobretudo aqueles com substrato constitucional*.

Percebe-se, portanto, que a *função social* é íntima à própria construção do conceito. Como direito complexo que é, a propriedade não pode sobrelevar outros direitos, particularmente aqueles que estão em prol dos interesses da coletividade.

A propriedade deve ser entendida como um dos direitos basilares do ser humano. Basta lembrar que a expressão "é meu" constitui uma das primeiras locuções ditas pelo ser humano, nos seus primeiros anos de vida. Concretamente, é por meio da propriedade que a pessoa se sente realizada, principalmente quando tem um bem próprio para a sua residência. Nesse plano, a morada da pessoa é o local propício para a perpetuação da sua dignidade, sendo certo que a Constituição Federal protege o direito à moradia no seu art. 6.º, dispositivo que foi introduzido pela Emenda Constitucional 26/2000. Em verdade, o direito à vida digna, dentro da ideia de um *patrimônio mínimo*, começa com

a propriedade da casa própria, tão almejada nos meios populares. Isso justifica toda a preocupação deste autor em relação a essa tutela.

A propriedade está relacionada com quatro atributos, previstos no *caput* do art. 1.228 do Código Civil de 2002, cuja redação é a seguinte: “O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha”. O dispositivo apresenta diferenças substanciais em relação ao art. 524 do CC de 1916, cujo *caput* previa que “A lei assegura ao proprietário o direito de usar, gozar e dispor de seus bens, e de reavê-los do poder de quem quer que injustamente os possua”.

Ora, não há mais a previsão da existência de *direitos* relativos ao uso, fruição e disposição da coisa, mas sim de *faculdades jurídicas*, o que foi feito no sentido de *abrandar* o sentido do texto legal. Esse *abrandamento* é percebido, na doutrina, por Marco Aurélio S. Viana no sentido de que o direito de propriedade não é absoluto, eis que “o absolutismo talvez possa ser entendido apenas no sentido de que o direito de propriedade é o único que assegura ao titular a maior gama possível de faculdades sobre a coisa (Cf. Papaño, Kiper, Dillon, Causse, Derechos Reales, t. 1, p. 175)” (*Comentários*..., 2003, v. XVI, p. 22).

A expressão *direito* somente foi mantida para a vindicação do bem, por meio da *ação petitória*. Pode-se afirmar que essa alteração conceitual demonstra, pelo menos em parte, o rompimento do caráter individualista da propriedade, que prevalecia na visão anterior, pois a supressão da expressão *direitos* faz alusão à substituição de algo que foi, supostamente, absoluto no passado, o que não mais ocorre atualmente. Em parte, nesse sentido, colacionam-se os comentários críticos de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald:

> “Todos os direitos subjetivos, incluindo-se aí o direito subjetivo de propriedade, têm o seu conteúdo formado por faculdades jurídicas. Elas consistem nos poderes de agir consubstanciados no direito subjetivo. O Código Civil, em seu art. 1.228, traz uma definição acanhada do conceito de propriedade, pois não a qualifica como relação jurídica. Porém, acaba por dispor acerca do seu conteúdo interno, ao relacionar as faculdades inerentes ao domínio: usar, gozar, dispor de seus bens e reavê-los do poder de quem quer que injustamente os possua” (*Direitos reais*..., 2006, p. 183).

Ademais, a ideia de faculdades é mais adequada para a distribuição, entre pessoas diversas, dos atributos da propriedade, assim como ocorre com os direitos reais sobre coisa alheia. Como pondera Karl Larenz, um direito subjetivo pode compreender em si distintas faculdades, que não se manifestam como direitos subjetivos, uma vez que são separadas daquele e transmitidas independentemente. Cita o jurista alemão justamente o exemplo do proprietário, que pode separar algumas de suas faculdades temporariamente e transmiti-las a outros sujeitos, como se dá no usufruto (LARENZ, Karl. *Derecho Civil*..., 1978, p. 259).

No que concerne especificamente às *faculdades* relativas à propriedade, a primeira delas é a de *gozar* ou fruir a coisa – antigamente denominada como *ius fruendi* –, consubstanciada na possibilidade de retirar os frutos da coisa, que podem ser naturais, industriais ou civis (os frutos civis são os *rendimentos*). A título de ilustração, o proprietário de um imóvel urbano poderá locá-lo a quem bem entender, o que representa exercício direto da propriedade.

A segunda faculdade é a de *usar* a coisa, de acordo com as normas que regem o ordenamento jurídico (antigo *ius utendi*). Obviamente, essa possibilidade de uso encontra limites em lei, caso da Constituição Federal, do Código Civil (regras quanto à vizinhança, por exemplo) e em leis

específicas, servindo para ilustrar o Estatuto da Cidade (Lei 10.257/2001). Cite-se, nesse contexto, o *poder ablativo*, que vem a ser "o poder de ingerência da Administração sob o patrimônio particular" (PENTEADO, Luciano de Camargo. *Direito das Coisas*..., 2008, p. 242). Merecem destaque as limitações de Direito Administrativo, caso da desapropriação, nos casos previstos em lei.

Como terceira faculdade, há a viabilidade de disposição da coisa (antigo *ius disponendi*), seja por atos *inter vivos* ou *mortis causa*. Entre os primeiros, podem ser citados os contratos de compra e venda e doação; entre os últimos, o testamento. Conforme restou evidenciado, essa disposição pode ser onerosa (mediante uma contraprestação) ou gratuita (negócio jurídico benéfico).

Por fim, o art. 1.228, *caput*, do CC/2002 faz referência ao direito de reivindicar a coisa contra quem injustamente a possua ou detenha (*ius vindicandi*). Esse direito será exercido por meio de ação petitória, fundada na propriedade, sendo a mais comum a *ação reivindicatória*, principal ação real fundada no domínio (rei *vindicatio*). Pode-se afirmar que proteção da propriedade é obtida por meio dessa demanda, aquela em que se discute a propriedade visando à retomada da coisa, quando terceira pessoa, de forma injustificada, a tenha, dizendo-se dono.

Nessa ação o autor deve provar o seu domínio, oferecendo prova da propriedade, com o respectivo registro e descrevendo o imóvel com suas confrontações. O autor da ação reivindicatória deve ainda demonstrar que a coisa reivindicada esteja na posse injusta do réu. A ação petitória não se confunde com as ações possessórias, sendo certo que nestas últimas não se discute a propriedade do bem, mas a sua posse. Como ficou claro no capítulo anterior desta obra, o Código Civil de 2002 estabeleceu a separação entre os juízos petitório e possessório. Em relação ao prazo para propositura dessa ação, podem ser mencionadas duas correntes.

A primeira corrente aponta que a ação reivindicatória está sujeita a prazo prescricional, diante do seu caráter essencialmente patrimonial. Esse prazo de prescrição era de 10 anos (entre presentes) e 15 anos (entre ausentes), na vigência do Código Civil de 1916 (art. 177). Na vigência do atual Código Civil, após 11 de janeiro de 2003, o prazo é de 10 anos, diante da unificação dos prazos gerais de prescrição que consta do art. 205 da atual codificação. Pelo que consta do Enunciado n. 14 do CJF/STJ, aprovado na *I Jornada de Direito Civil*, o prazo prescricional deve ter início da violação do direito subjetivo de propriedade, em regra.

Mas não é essa a visão que prevalece em nossos Tribunais, sobretudo no Superior Tribunal de Justiça, havendo várias decisões reconhecendo a imprescritibilidade da ação reivindicatória, diante do seu caráter essencialmente declaratório (critério científico de Agnelo Amorim Filho, constante da *RT* 300/7). Desse Tribunal Superior, podem ser transcritas três ementas, muito claras do ponto de vista didático:

"Agravo em agravo de instrumento – Ação reivindicatória – Imprescritibilidade – Prescrição aquisitiva não ocorrente – Verbete 83 da Súmula do STJ. Pacífica a jurisprudência do STJ no mesmo sentido do acórdão recorrido, incide o óbice do Verbete n. 83 da Súmula desta Corte. Agravo improvido" (STJ – AgRg no Ag 569.220/RJ – Rel. Min. Cesar Asfor Rocha – 4.ª Turma – j. 08.06.2004 – *DJ* 04.10.2004, p. 315).

"Ação reivindicatória – Prescrição – Súmula 283 do Supremo Tribunal Federal – Precedentes da Corte. 1. Sem discrepância a jurisprudência da Corte sobre a imprescritibilidade da ação reivindicatória. 2. Não avançando o especial sobre o fundamento de mérito, aplica-se a Súmula 283 do Supremo Tribunal Federal. 3. Recurso especial não conhecido" (STJ – REsp 216.117/RN – Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito – 3.ª Turma – j. 03.12.1999 – *DJ* 28.02.2000, p. 78).

"Processual civil – Ação reivindicatória – Matéria de prova – Prescrição aquisitiva. I – Segundo a jurisprudência e a doutrina, a ação

reivindicatória é imprescritível, admitindo-se, porém, que o possuidor, quando presentes os pressupostos da usucapião, alegue este contra o proprietário para elidir o pedido" (STJ – REsp 49.203/SP – Rel. Min. Waldemar Zveiter – 3.ª Turma – j. 08.11.1994 – *DJ* 08.05.1995, p. 12.388).

Na realidade, deve-se entender que a ação reivindicatória não é sujeita à prescrição ou à decadência, embora se trate de ação real, porque o domínio é perpétuo e somente se extingue nos casos previstos em lei e que serão estudados oportunamente. O efeito da ação reivindicatória é de fazer com que o possuidor ou detentor restitua o bem com todos os seus acessórios. Porém, se no caso concreto for impossível essa devolução, como nos casos de perecimento da coisa, o proprietário terá o direito de receber o valor da coisa se o possuidor estiver de má-fé, sem prejuízo de eventuais perdas e danos.

De forma clara e didática, Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery demonstram as principais características da ação reivindicatória, a saber:

a) *Natureza jurídica*: trata-se de ação real, sendo fundamento do pedido a propriedade e o direito de sequela a ela inerente.

b) *Finalidade*: visa à restituição da coisa. É a ação cabível ao proprietário que tinha a posse e injustamente a perdeu.

c) *Requisitos*: prova da propriedade e da posse molestada. O réu pode alegar, em defesa, a *exceptio proprietatis* (exceção de domínio), o que não pode ocorrer nas ações possessórias.

d) *Rito*: comum ordinário.

e) *Remissões*: art. 1.228 do CC (*Código de Processo Civil*..., 2006, p. 919).

Ainda no estudo da ação reivindicatória, outro ponto que a diferencia das ações possessórias é que na primeira a lei não prevê liminar para a devolução do bem. Caberá tutela antecipada com tal objetivo, desde que preenchidos os requisitos do art. 273 do CPC, a saber: *a*) prova inequívoca dos fatos; *b)* verossimilhança das alegações; *c)* fundado receito de dano irreparável ou de difícil reparação; *d)* abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu; *e)* reversibilidade do provimento antecipado. Exemplificando, o Tribunal de Justiça de São Paulo deferiu a tutela antecipada em sede de ação reivindicatória proposta pelo Estado, a fim de ocupação da área para assentamento rural:

"Reivindicatória – Pedido parcial de tutela antecipada concedido – Posse de 30% da área para assentamento rural – Presença dos requisitos do artigo 273 do CPC – Decisão homologatória da discriminação registrada no Cartório Imobiliário – Dano irreparável a ser evitado pelo Estado – Recurso não provido" (TJSP – Agravo de Instrumento 023.538-4 – Mirante do Paranapanema – 4.ª Câmara de Direito Privado – Rel. Cunha Cintra – 12.09.1996 – v.u.).

Todavia, é interessante deixar claro que há divergência no próprio Tribunal quanto à viabilidade de se deferir a antecipação da tutela em casos tais: "Reivindicatória – Tutela antecipada em favor do Estado para assentamento de integrantes do Movimento dos 'Sem-Terra' – Descabimento – Agravo provido" (TJSP, Agravo de Instrumento 27.891-4 – Tupi Paulista, 2.ª Câmara de Direito Privado, Rel. Vasconcellos Pereira, 04.11.1997, v.u.).

Para terminar o estudo da ação reivindicatória, ou melhor, do direito de reivindicar a coisa, é preciso discutir uma importante questão processual, pertinente ao *caput* do art. 1.228 do CC/2002. Isso porque o dispositivo preceitua que a ação reivindicatória pode ser proposta em face do possuidor ou do *detentor*, que injustamente tenha a coisa.

De acordo com tal redação, percebe-se que o Código Civil cria a possibilidade da ação

reivindicatória ser proposta também contra o detentor da coisa, o que lhe daria legitimidade passiva para a demanda. O exemplo típico envolve a ação proposta contra um caseiro, que ocupa o imóvel em nome de um invasor (injusto possuidor). A dúvida que surge é a seguinte: o Código Civil afastou o dever de o detentor nomear à autoria o possuidor, uma vez que a lei estabelece a sua legitimidade passiva?

Relembrando, a nomeação à autoria é forma de intervenção de terceiros prevista no art. 62 do CPC, pelo qual "Aquele que detiver a coisa em nome alheio, sendo-lhe demandada em nome próprio, deverá nomear à autoria o proprietário ou o possuidor". A norma traz um *dever* de nomeação, sob pena de perdas e danos, o que é retirado do art. 69 do CPC: "Responderá por perdas e danos aquele a quem incumbia a nomeação: I – deixando de nomear à autoria, quando lhe competir; II – nomeando pessoa diversa daquela em cujo nome detém a coisa demandada". Concluindo, o instituto é aplicável exatamente ao caso aqui descrito.

Quanto à pergunta aqui formulada, entende Alexandre Freitas Câmara que a expressão "ou detenha" constante na parte final do art. 1.228, *caput*, do CC, deve ser considerada não escrita, por ser inconstitucional. Isso porque o dispositivo afrontaria a garantia do devido processo legal, que é a garantia do processo justo. São suas palavras:

> "Imagine-se o que aconteceria quando se ajuizasse demanda reivindicatória em face do detentor de um bem. Julgado procedente a demanda, e tendo início a execução do comando contido na sentença, o possuidor do bem (em cujo nome o demandado o detém) certamente ajuizaria embargos de terceiro, sob a alegação de que não pode ter seu patrimônio alcançado pela execução de uma sentença proferida em processo de que não foi parte, sendo certo que eventual coisa julgada que ali tenha sido produzida não o alcança, uma vez que, conforme estabelecido no art. 472 do CPC, a coisa julgada só se produz para as partes entre as quais a sentença é dada, não beneficiando nem prejudicando terceiros. Além disso, ao se admitir que a demanda ajuizada em face do detentor é capaz de fazer com que o possuidor perca a posse da coisa, estar-se-á fazendo com que este seja privado de um bem sem o devido processo legal, o que contraria, frontalmente, a garantia estabelecida no art. 5.º, LIV, da Constituição da República. Vê-se, assim, que de nada adiantaria demandar em face do detentor, pois o processo assim instaurado não produziria qualquer resultado útil, o que contraria as mais nobres garantias constitucionais do processo" (*Lições*..., 2004, v. I, p. 196).

Essa também é a opinião, entre os autores da nova geração de processualistas, de Fredie Didier Jr. (*Curso*..., 2007, v. 1, p. 314-315).

Todavia, tendo como pano de fundo a teoria do *diálogo das fontes* (Erik Jayme e Cláudia Lima Marques), da qual este autor é adepto, é de se pensar em uma solução de manutenção do dispositivo material. Por tal caminho, o entendimento mais viável, para prestigiar a nova norma civil, é de um sentido de complementaridade entre as leis. Essa solução é dada por Humberto Theodoro Júnior, nos seguintes termos:

> "Quando, pois, o art. 1.228 do CC em vigor proclama que o proprietário pode reivindicar sua coisa do possuidor ou detentor, não está autorizando a formação de um processo em que apenas o detentor ocupe o polo passivo. Está simplesmente prevendo que o processo de reivindicação, manejado pelo proprietário tem eficácia contra quem quer que embarace o seu direito a ter contigo a coisa própria. Nada mais do que isto, ou seja: pouco importa saber a que título alguém conserve em seu poder a coisa do reivindicante, se não dispõe de título a este oponível.
>
> A autorização de incluir o detentor na relação processual da reivindicatória não tem outro objetivo senão o de eliminar qualquer possibilidade de tentativa, após a sentença, de fugir ao seu cumprimento, a pretexto de ser estranho à relação processual e, por isso, não alcançável pela coisa julgada. De forma alguma, porém, se pode pretender que o art. 1.228 do CC tenha legitimado uma reivindicação apenas em face do detentor, salvo se este detiver a coisa em virtude de relação estabelecida diretamente entre o dono (reivindicante) e o réu (detentor).
>
> Se aconteceu de a demanda desenvolver-se tão somente contra o detentor em nome de terceiro, aí, sim, ter-se-á uma sentença inexequível perante o verdadeiro titular da situação jurídica litigiosa, qual seja o que se acha realmente na condição de proprietário ou

possuidor.

Nessa ordem de ideias, o texto inovador do art. 1.228 do atual Código Civil não revogou o art. 62 do CPC. Sua aplicação deve ser feita de maneira a harmonizá-lo com a figura da nomeação à autoria, e nunca no sentido de anulá-la. Ou seja, se a demanda for intentada contra ambos (detentor e possuidor), citar-se-ão os dois na posição de coocupantes da coisa litigiosa. Se, todavia, a demanda for proposta apenas contra o detentor, continuará ele com o dever de nomear à autoria o terceiro proprietário ou possuidor, em cumprimento de cujas ordens ou instruções detém a coisa litigiosa. Somente não haverá nomeação à autoria, repita-se, quando a demanda se passar entre o dono e o detentor que ele mesmo constituiu" (O novo Código Civil..., *Reflexos*..., 2007, p. 152).

O posicionamento é perfeito do ponto de vista técnico. Ademais, como aqui ficou demonstrado, a ideia de *harmonia* entre o processo e o direito material em muito me agrada.

Superada essa interessante questão processual, a partir do que foi estudado quanto aos quatro atributos relativos à propriedade, didaticamente, é correto dizer que a propriedade pode ser entendida como um recipiente cilíndrico, ou como uma garrafa, a ser preenchido por quatro camadas, que são os atributos de **G**ozar, **R**eaver, **U**sar, **R**eivindicar. São quatro atributos que estão *presos ou aderidos* à propriedade, o que justifica a utilização do acróstico **GRUD**. O desenho a seguir demonstra bem essa simbologia:

A partir da visualização esposada, percebe-se que, se determinada pessoa tiver todos os atributos relativos à propriedade, terá a *propriedade plena*. Eventualmente, os referidos atributos podem ser distribuídos entre pessoas distintas, havendo a *propriedade restrita*. Justamente por isso, a propriedade admite a seguinte classificação:

a) *Propriedade Plena* ou *Alodial* – é a hipótese em que o proprietário tem consigo os atributos de gozar, usar, reaver e dispor da coisa. Todos esses caracteres estão em suas mãos de forma unitária, sem que terceiros tenham qualquer direito sobre a coisa. Em outras palavras, pode-se afirmar didaticamente que todos os elementos previstos no art. 1.228 do CC/2002 estão reunidos nas mãos do seu titular ou que todas as cartas estão em suas mãos.
b) *Propriedade Limitada* ou *Restrita* – é a situação em que recai sobre a propriedade algum ônus, caso da hipoteca, da servidão ou usufruto; ou quando a propriedade for resolúvel, dependente de condição ou termo, nos termos dos arts. 1.359 e 1.360 do CC/2002. O que se percebe, portanto, é que um ou alguns dos atributos da propriedade passam a ser de outrem, constituindo-se em direito real sobre coisa alheia.

No último caso, havendo a divisão entre os referidos atributos, o direito de propriedade é composto de duas partes destacáveis:

– *Nua-propriedade* – corresponde à titularidade do domínio, ao fato de ser proprietário e de ter o bem em seu nome. Costuma-se

dizer que a *nua-propriedade* é aquela *despida* dos atributos do uso e da fruição (atributos diretos ou imediatos). A pessoa que a detém recebe o nome de *nu-proprietário, senhorio direto* ou *proprietário direto*.

– *Domínio útil* – corresponde aos atributos de usar, gozar e dispor da coisa. Dependendo dos atributos que possui, a pessoa que o detém recebe uma denominação diferente: superficiário, usufrutuário, usuário, habitante, promitente comprador etc.

Por tal divisão, uma pessoa pode ser o titular (o proprietário) tendo o bem registrado em seu nome ao mesmo tempo em que outra pessoa possui os atributos de usar, gozar e até dispor daquele bem em virtude de um negócio jurídico. Isso ocorre no usufruto, na superfície, na servidão, no uso, no direito real de habitação, nas concessões especiais, no direito do promitente comprador do imóvel, no penhor, na hipoteca e na anticrese. Em suma, se o domínio útil e a nua-propriedade pertencerem à mesma pessoa, haverá propriedade plena. Caso contrário, haverá propriedade restrita.

Ilustrando de forma mais profunda, no usufruto percebe-se uma divisão proporcional dos atributos da propriedade: o nu-proprietário mantém os atributos de dispor e reaver a coisa; enquanto que o usufrutuário tem os atributos de usar e fruir (gozar) da coisa. O instituto será devidamente aprofundado em capítulo próprio.

A encerrar, a partir da análise dessa classificação da propriedade, é fundamental verificar o conceito de *domínio*. Para muitos doutrinadores, a expressão propriedade é sinônima de domínio, entendimento este que é o majoritário a ser adotado na prática. Dentro dessa ideia, em seu *Dicionário Jurídico*, Maria Helena Diniz conceitua assim o domínio:

"Direito Civil. a) Propriedade; b) qualidade de ser proprietário; c) poder de dispor de algo como seu proprietário; d) direito real em que o titular de uma coisa tem seu uso, gozo, e disposição, podendo reivindicá-la de quem injustamente a detenha, em razão do seu direito de sequela; e) poder jurídico direto, absoluto e imediato que o proprietário tem sobre a coisa que lhe pertence" (*Dicionário*..., 2005, v. 2, p. 278).

Entretanto, há quem diferencie a propriedade do domínio. Na clássica *Enciclopédia Saraiva do Direito*, obra organizada por Rubens Limongi França, pode ser encontrada a seguinte conclusão, em verbete que coube a Altino Portugal, então professor da Universidade Federal do Paraná: "No campo do direito distingue-se domínio e propriedade. Muito embora o direito de propriedade enfeixe os poderes de uso, gozo e disposição dos bens e de reavê-los do poder de quem quer que, injustamente, os possua (CC, art. 524) e, neste sentido, equivalha a domínio, que é propriedade corpórea, o termo propriedade, em sentido amplo, corresponde à soma dos direitos que formam o nosso patrimônio" (*Enciclopédia*..., 1977, v. 29, p. 325).

Na doutrina contemporânea, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald por igual demonstram distinções entre o domínio e a propriedade. São suas palavras:

"O domínio é instrumentalizado pelo direito de propriedade. Ele consiste na titularidade do bem. Aquele se refere ao conteúdo interno da propriedade. O domínio, como vínculo real entre o titular e a coisa, é absoluto. Mas, a propriedade é relativa, posto ser intersubjetiva e orientada à funcionalização do bem pela imposição de deveres positivos e negativos de seu titular perante a coletividade. Um existe em decorrência do outro. Cuida-se de conceitos complementares e comunicantes que precisam ser apartados, pois em várias situações o proprietário – detentor da titularidade formal – não será aquele que exerce o domínio (v.g., usucapião antes do registro; promessa de compra e venda após a quitação). Veremos adiante que a propriedade recebe função social, não o domínio em si" (*Direitos reais*..., 2006, p. 179).

Também entre os contemporâneos, Luciano de Camargo Penteado define o domínio como sendo o "estado ou situação de que tem o senhorio" (*Direito das coisas*..., 2008, p. 149). Assim, ao

diferenciar os institutos, aponta que o domínio designa a submissão da coisa ao sujeito. Por outra via, a propriedade está relacionada à titularidade, à vinculação da coisa ao sujeito. Em suma, para o doutrinador, o domínio teria caráter mais estático; enquanto que a propriedade, um sentido mais dinâmico (*Direito das coisas*..., 2008, p. 150).

Os conceitos diferenciadores, de ontem e de hoje, não convencem este autor. Como se pode notar, existem discrepâncias entre os critérios de distinção, o que torna a matéria confusa. Por certo é que os conceitos de propriedade e de domínio são muito próximos, não se justificando, metodologicamente, as diferenciações expostas. E, como o Código Civil de 2002 adota o princípio da operabilidade, em um primeiro sentido de facilitação do Direito Privado, não há razões para a distinção. Quanto aos princípios, acredito que aqueles que regem o domínio são os mesmos da propriedade, caso da função social. Assim, o domínio também é relativo. Por fim, quanto aos exemplos expostos por Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald, parecem envolver por igual a propriedade, particularmente a propriedade aparente, que ainda será estudada.

3.2 DISPOSIÇÕES PRELIMINARES RELATIVAS À PROPRIEDADE CONSTANTES DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. SUAS PRINCIPAIS LIMITAÇÕES. A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE. APROFUNDAMENTOS NECESSÁRIOS

O Código Civil de 2002 (arts. 1.228 a 1.232), a exemplo do seu antecessor (arts. 524 a 529 do CC/1916), traz *disposições gerais* relativas à propriedade, que merecem ser estudadas. Algumas dessas disposições representam, na lei civil, claras restrições ao direito de propriedade, sendo a mais notória a aclamada função social. Vejamos o conteúdo dessas normas.

Primeiramente, o *caput* do art. 1.228 traz os atributos, faculdades e direitos relativos ao domínio. Tais atributos foram abordados na seção anterior do capítulo, não havendo a necessidade de maiores aprofundamentos.

O § 1.º do art. 1.228 é um dos dispositivos mais importantes da novel lei civil, ao preceituar que "O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas".

A norma civil codificada passa a consagrar expressamente a função social, em um sentido de finalidade, como princípio orientador da propriedade; além de representar a principal limitação a esse direito, como reconhecem doutrina e jurisprudência, no caso da última pelos inúmeros julgados transcritos.

Como é notório, a função social da propriedade constante da Constituição Federal de 1988 e do Código Civil de 2002 sofreu forte influência da clássica doutrina de Leon Duguit, "para quem a propriedade já não é o direito subjetivo do indivíduo, mas uma função social a ser exercida pelo detentor da riqueza" (MALUF, Carlos Alberto Dabus. *Limitações*..., 2011, p. 73). Assim, como observa o Professor Titular da USP, "Ao antigo absolutismo do direito, consubstanciado no famoso *jus utendi et abutendi*, contrapõe-se, hoje, a socialização progressiva da propriedade – orientando-se pelo critério da utilidade social para maior e mais ampla proteção aos interesses e às necessidades comuns" (MALUF, Carlos Alberto Dabus. *Limitações*..., 2011, p. 73-74).

Historicamente, pontual também foi a contribuição da Constituição Alemã de Weimar, de 1919, que elevou a ideia de vinculação social da propriedade à categoria de princípio jurídico, estabelecendo no seu art. 14 que a *propriedade obriga*, devendo o seu uso servir tanto ao proprietário como ao bem de toda a coletividade (LARENZ, Karl. *Derecho Civil*..., 1978, p. 79).

Conforme ensina Orlando Gomes "pode-se concluir que pela necessidade de abandonar a concepção romana da propriedade, para compatibilizá-la com as finalidades sociais da sociedade contemporânea, adotando-se, como preconiza André Piettre, uma concepção finalista, a cuja luz se definam as funções sociais desse direito. No mundo moderno, o direito individual sobre as coisas impõe deveres em proveito da sociedade e até mesmo no interesse de não proprietários. Quando tem por objeto bens de produção, sua finalidade social determina a modificação conceitual do próprio direito, que não se confunde com a política de limitações específicas ao seu uso. A despeito, porém, de ser um conceito geral, sua utilização varia conforme a vocação social do bem no qual recai o direito – conforme a intensidade do interesse geral que o delimita e conforme a sua natureza na principal *rerum divisio* tradicional. A propriedade deve ser entendida como função social tanto em relação aos bens imóveis como em relação aos bens móveis" (GOMES, Orlando. *Direitos reais*..., 2004, p. 129).

Segundo as palavras do jurista baiano, a função social pode se confundir com o próprio conceito de propriedade, diante de um *caráter inafastável de acompanhamento*, na linha do preconizado por Duguit: a propriedade deve sempre atender aos interesses sociais, ao que almeja o bem comum evidenciando-se a uma *destinação positiva* que deve ser dada à coisa. Nessa esteira, pode-se afirmar que *a propriedade é função social*.

Partilhando dessa forma de pensar, enunciado aprovado na *V Jornada de Direito Civil*, com a seguinte redação a respeito da propriedade rural ou agrária: "Na aplicação do princípio da função social da propriedade imobiliária rural, deve ser observada a cláusula aberta do § 1.º do art. 1.228 do Código Civil, que, em consonância com o disposto no art. 5.º, inciso XXIII, da Constituição de 1988, permite melhor objetivar a funcionalização mediante critérios de valoração centrados na primazia do trabalho" (Enunciado n. 507). O enunciado doutrinário representa aplicação do art. 12 do Estatuto da Terra, segundo o qual "à propriedade privada da terra cabe intrinsecamente uma função social e seu uso é condicionado ao bem-estar coletivo previsto na Constituição Federal e caracterizado nesta Lei".

Para o presente autor, a função social é componente não só da propriedade rural ou agrária, mas também da propriedade urbana. Em ambos os casos, deve-se compreender a função social da propriedade com *dupla intervenção*: limitadora e impulsionadora, como bem leciona José de Oliveira Ascensão. As palavras do jurista merecem destaque:

> "Como se deduz das próprias expressões, no primeiro caso, a lei pretenderia apenas manter cada titular dentro de limites que se não revelassem prejudiciais à comunidade, enquanto que no segundo interviria activamente, fomentaria, impulsionaria, de maneira a que de uma situação de direito real derivasse um resultado socialmente mais valioso.
>
> Esta distinção é útil para a compreensão do material legislativo. Nomeadamente, podemos verificar com facilidade que, enquanto no século passado a lei quase se limitava a certo número de intervenções de caracter restritivo, agora multiplicam-se as intervenções impulsionadoras, de modo a aumentar o proveito que socialmente se pode extrair do bem" (ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil*..., 2000, p. 192).

As lições do Professor Catedrático da Universidade de Lisboa igualmente servem para explicar a

realidade brasileira. A própria Constituição Federal de 1988 traz vários preceitos que seguem a linha de *intervenção impulsionadora*, como o seu art. 186, que traça caracteres para o correto preenchimento da função social da propriedade.

O Código Civil de 2002 foi além de prever essa função social, pois ainda trata da sua *função socioambiental*. Há tanto uma preocupação com o ambiente natural (fauna, flora, equilíbrio ecológico, belezas naturais, ar e águas), como com o ambiente cultural (patrimônio cultural e artístico). A título de exemplo, o proprietário de uma fazenda, no exercício do domínio, deve ter o devido cuidado para não queimar uma floresta e também para não destruir um sítio arqueológico. Reforçando quanto à ilustração, o proprietário de um imóvel em Ouro Preto ou em Olinda deve ter o devido cuidado para não causar danos a um prédio vizinho que seja tombado, sobre o qual há interesse de toda a humanidade.

O que se observa, aprofundando, é que o art. 1.228, § 1.º, do CC/2002, acabou por especializar na lei civil o que consta do art. 225 da Constituição Federal, dispositivo este que protege o meio ambiente como um bem difuso e que visa à sadia qualidade de vida das presentes e futuras gerações. Esse é o conceito de *Bem Ambiental*, que assegura a proteção de *direitos transgeracionais* ou *intergeracionais*, particularmente para os fins de responsabilidade civil, tratada na Lei 6.938/1981 (PIVA, Rui Carvalho. *Bem ambiental*..., 2001).

Em relação à proteção das futuras gerações, no tocante à responsabilização civil por danos ambientais, ensina Lucas Abreu Barroso:

> "Cumpre lembrar que agora a obrigação de indenizar deve também encarar um novel desafio, o de satisfazer as expectativas das futuras gerações, haja vista a inserção do princípio da equidade intergeracional no texto da Constituição (art. 225, *caput*), ainda que isso importe 'algumas novidades no esquema de instrumentos jurídicos' – contudo, sem relegar os postulados da juridicidade estatal. Resulta, então, que as relações jurídicas obrigacionais, tradicionalmente pensadas ao redor do consentimento (acordo de vontades), devem cambiar seu enfoque para o interesse protegido. Somente assim será possível garantir às futuras gerações os direitos que desde logo lhes são assegurados, dentro de um critério de igualdade com os atuais participantes das obrigações civis. Todavia, realizar tal princípio consubstancia uma árdua tarefa, que ensejará permanente esforço e dedicação por parte dos estudiosos e operadores do direito de todos os tempos. O balanceamento desejável entre os interesses a proteger de hoje e do porvir 'não é fácil de ser encontrado, exigindo considerações de ordem ética, científica e econômica das gerações atuais e uma avaliação prospectiva das necessidades futuras, nem sempre possíveis de serem conhecidas e medidas no presente'. No entanto, as dificuldades que se nos apresentam não podem constituir óbice para o atendimento ao ditame contido no princípio em comento, posto não haver primazia da presente geração no cotejo com as futuras gerações, sendo impreterível tornar efetiva – paralelamente com a solidariedade social – a solidariedade intergeracional" (BARROSO, Lucas Abreu. Novas fronteiras..., In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (Coord.). *Questões controvertidas*..., 2006, v. 5, p. 365).

Essa preocupação do doutrinador é mais do que justificada diante dos sérios problemas ambientais que vem enfrentando o Planeta Terra, particularmente aqueles decorrentes do aquecimento global. Cabe à presente e também às futuras gerações mudar o histórico de desrespeito ao meio ambiente. Essa preocupação deve atingir tanto os entes públicos quanto os privados, uma vez que o *Bem Ambiental* é um bem de todos, um bem difuso. Por isso, tem-se afirmado que as empresas que cumprem a sua função social são, muitas vezes, aquelas que estão preocupadas com as questões ambientais. No que concerne à função social da empresa, preconiza o Enunciado n. 53, aprovado na *I Jornada de Direito Civil*, que, nos termos do art. 966 do CC, "deve-se levar em consideração o princípio da função social na interpretação das normas relativas à empresa, a despeito da falta de referência expressa".

Contudo, na prática, o que se percebe é que muitas empresas não cumprem a sua função social e,

no exercício do direito de propriedade, acabam por causar danos irreparáveis ao meio ambiente. O julgado a seguir, do Tribunal de Justiça de São Paulo, traz claro exemplo desse desrespeito:

"Ação civil pública – Dano ambiental – Cavas estabelecidas em função de exploração de fontes de argila, com taludes elevados, que, sujeitos aos efeitos das águas pluviais e da erosão consequente, constituem ameaça a residências vizinhas, a matas ciliares próximas – Comprometimento do sistema hídrico natural existente – Condenação da empresa à recuperação da área – Alegações de nulidade do processo e ofensa ao devido processo legal – Não ocorrência desses vícios – Condenação nos termos do disposto na Lei 6.938/1981 – Recurso não provido" (TJSP, Apelação Cível 6.517-5 – Rio Claro, 4.ª Câmara de Direito Público, Rel. Jacobina Rabello, 06.11.1997, v.u.).

Como concretização fundamental de aplicação da função socioambiental da propriedade, o Superior Tribunal de Justiça tem entendido que o novo proprietário de um imóvel é obrigado a fazer sua recuperação ambiental, mesmo não sendo o causador dos danos. Os julgados trazem uma interessante interação entre a proteção ambiental da propriedade e a responsabilidade objetiva que decorre em casos tais. Vejamos dois desses acórdãos, com destaque:

"Ação civil pública. Danos ambientais. Responsabilidade do adquirente. Terras rurais. Recomposição. Matas. Recurso especial. Incidência da Súmulas 7/STJ e 283/STF. I – Tendo o Tribunal *a quo*, para afastar a necessidade de regulamentação da Lei 7.803/1989, utilizado como alicerce a superveniência das Leis n. 7.857/1989 e n. 9.985/2000, bem assim o contido no art. 225 da Constituição Federal, e não tendo o recorrente enfrentado tais fundamentos, tem-se impositiva a aplicação da Súmula 283/STF. II – Para analisar a tese do recorrente no sentido de que a área tida como degradada era em verdade coberta por culturas agrícolas, seria necessário o reexame do conjunto probatório que serviu de supedâneo para que o Tribunal *a quo* erigisse convicção de que foi desmatada área ciliar. III – O adquirente do imóvel tem responsabilidade sobre o desmatamento, mesmo que o dano ambiental tenha sido provocado pelo antigo proprietário. Precedentes: REsp n.º 745.363/PR, Rel. Min. Luiz Fux, *DJ* de 18.10.2007, REsp n.º 926.750/MG, Rel. Min. Castro Meira, *DJ* de 04.10.2007 e REsp n.º 195.274/PR, Rel. Min. João Otávio de Noronha, *DJ* de 20.06.2005. IV – Agravo regimental improvido" (STJ, AgRg no REsp 471.864/SP, Rel. Min. Francisco Falcão, 1.ª Turma, j. 18.11.2008, *DJe* 01.12.2008).

"Administrativo e Processual Civil. Reserva florestal. Novo proprietário. Responsabilidade objetiva. 1. A responsabilidade por eventual dano ambiental ocorrido em reserva florestal legal é objetiva, devendo o proprietário das terras onde se situa tal faixa territorial, ao tempo em que conclamado para cumprir obrigação de reparação ambiental e restauração da cobertura vegetal, responder por ela. 2. A reserva legal que compõe parte de terras de domínio privado constitui verdadeira restrição do direito de propriedade. Assim, a aquisição da propriedade rural sem a delimitação da reserva legal não exime o novo adquirente da obrigação de recompor tal reserva. 3. Recurso especial conhecido e improvido" (STJ, REsp 263.383/PR, Rel. Min. João Otávio de Noronha, 2.ª Turma, j. 16.06.2005, *DJ* 22.08.2005, p. 187).

Insta anotar que algumas decisões mais recentes consideram a obrigação de recuperação ambiental uma obrigação *propter rem* ou ambulatória, que segue a coisa onde quer que ela esteja (STJ, REsp 1.237.071/PR, Rel. Min. Humberto Martins, 2.ª Turma, j. 03.05.2011, *DJe* 11.05.2011; STJ, REsp 1.109.778/SC, Rel. Min. Herman Benjamin, 2.ª Turma, j. 10.11.2009, *DJe* 04.05.2011 e STJ, REsp 1.090.968/SP, Rel. Min. Luiz Fux, 1.ª Turma, j. 15.06.2010, *DJe* 03.08.2010). No mesmo sentido, passou a prever o art. 2.º, § 2.º, do novo Código Florestal (Lei 12.651/2012) que "as obrigações previstas nesta Lei têm natureza real e são transmitidas ao sucessor, de qualquer natureza, no caso de transferência de domínio ou posse do imóvel rural".

Concluindo, é forçoso compreender que tanto o atendimento da função social quanto o da função socioambiental da propriedade devem ser uma preocupação de todos os aplicadores e estudiosos do Direito que almejam a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, nos termos do art. 3.º, inc. I, da Constituição Federal (*princípio da solidariedade social*). Para que esse objetivo seja alcançado, os interesses egoísticos devem ser reduzidos, em prol do interesse de todos. A palavra *eu* cede espaço para a palavra *nós*, o que representa muito bem o princípio da socialidade, um dos

baluartes da atual codificação privada, como expunha Miguel Reale. A demonstrar muito bem tal restrição ao direito de propriedade, colaciona-se julgado assim publicado no *Informativo* n. *417* do STJ:

"Meio ambiente. Limites. Parque nacional. A recorrida alega que, afastada a possibilidade de extração das árvores mortas, caídas e secas, seu direito de propriedade estaria malferido. Contudo, tal entendimento encontra resistência no art. 1.228, § 1.º, do CC/2002. A preservação da flora, da fauna, das belezas naturais e do equilíbrio ecológico, na espécie, não depende da criação de parque nacional. A proteção ao ecossistema é essencialmente pautada pela relevância da área pública ou privada a ser protegida. Se assim não fosse, a defesa do meio ambiente somente ocorreria em áreas públicas. A formalização de qualquer das modalidades de unidade de conservação de proteção integral invalida as licenças ambientais anteriormente concedidas. Ademais, no caso, a pretendida extração é danosa ao ecossistema do parque, o que impede a concessão de novas licenças" (STJ, REsp 1.122.909/SC, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 24.11.2009).

Segundo o estudo das regras gerais a respeito da propriedade, o art. 1.228, § 2.º, do CC/2002 estipula que "são defesos os atos que não trazem ao proprietário qualquer comodidade, ou utilidade, e sejam animados pela intenção de prejudicar outrem". Trata-se da vedação do exercício irregular do direito de propriedade, do abuso de propriedade ou *ato emulativo civil (aemulatio*). O comando legal também acaba por limitar o exercício da propriedade, que não pode ser abusivo.

No que interessa ao conteúdo do dispositivo, deve ser feita uma ressalva, pois a norma, em sua literalidade, apenas menciona o ato abusivo quando o *proprietário emulador* não obtiver vantagens ou utilidades. Deve-se entender que "por igual" pode estar configurado o ato emulativo se o proprietário tiver vantagens com o prejuízo alheio, mesmo que haja mera satisfação pessoal.

A título de exemplo, imagine-se o caso em que o proprietário de um apartamento, todas as noites, faz festas em sua unidade, o que causa excesso de barulho, prejudicando os vizinhos. Ora, não interessa se esse proprietário cobra ou não pelas festas, pois o *ato emulativo* pode, sim, estar configurado em ambos os casos. O raciocínio, portanto, deve ser o seguinte: se o abuso pode estar configurado quando o proprietário não tem vantagens, muito mais se ele tiver vantagens, principalmente econômicas. Na jurisprudência, vários são os julgados configurando o excesso de barulho como abuso de direito. Por todas as decisões, transcreve-se a seguinte ementa:

"Condomínio – Multa – Barulho excessivo – Reincidência na prática da infração – Direito de propriedade que não pode dar lugar a abuso – Hipótese em que a liberdade de conduta individual deve sofrer limitação de forma a preservar a tranquilidade e harmonia da coletividade" (2.º TACivSP – *RT* 834/290).

De qualquer forma, surge aqui uma polêmica, uma aparente contradição entre o art. 187 do CC e o último dispositivo citado. Isso porque o art. 1.228, § 2.º, do CC faz referência ao *dolo* para a configuração do abuso de direito de propriedade, ao mencionar a intenção de prejudicar outrem. Por outro lado, o art. 187 do CC, dispositivo que traça as linhas gerais do abuso de direito, não faz referência ao dolo (ou mesmo à culpa): "Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes".

Sendo assim, em uma leitura presa ao texto da lei, o art. 1.228, § 2.º, do CC estaria a exigir o dolo para a caracterização do ato emulativo no exercício da propriedade, o que conduziria à responsabilidade subjetiva. Por outra via, segundo o entendimento majoritário da doutrina, o art. 187 do CC consolida a responsabilidade objetiva (sem culpa), no caso de abuso de direito. Nesse último

sentido, prevê o Enunciado n. 37 CJF/STJ, aprovado na *I Jornada de Direito Civil*: "a responsabilidade civil decorrente do abuso do direito independe de culpa, e fundamenta-se somente no critério objetivo-finalístico".

A mencionada contradição foi muito bem observada por Rodrigo Reis Mazzei, que assim conclui "A melhor solução para o problema é a reforma legislativa, com a retirada do dispositivo no § 2.º do art. 1.228 do CC, pois se eliminará a norma conflituosa, sendo o art. 187 do mesmo diploma suficiente para regular o abuso de direito, em qualquer relação ou figura privada, abrangendo os atos decorrentes do exercício dos poderes inerentes à propriedade. Até que se faça a (reclamada) reforma legislativa, o intérprete e o aplicador do Código Civil devem implementar interpretação restritiva ao § 2.º do art. 1.228, afastando do dispositivo a intenção (ou qualquer elemento da culpa) para a aferição do abuso de direito por aquele que exerce os poderes inerentes à propriedade" (Abuso de direito..., *Introdução*..., 2006, p. 356).

Tem razão o jurista, sendo esse o preciso raciocínio que consta do Enunciado n. 49 CJF/STJ, aprovado na *I Jornada de Direito Civil*, pelo qual "a regra do art. 1.228, § 2.º, do novo Código Civil interpreta-se restritivamente, em harmonia com o princípio da função social da propriedade e com o disposto no art. 187". Assim, deve prevalecer a regra do art. 187 do Código Civil, que serve como leme orientador para os efeitos jurídicos do ato emulativo. A correta conclusão, portanto, é que responsabilidade civil no caso de abuso de direito de propriedade é objetiva, ou seja, independentemente de culpa.

Ainda restringindo o exercício da propriedade, o § 3.º do art. 1.228 do CC/2002 trata da *desapropriação por necessidade ou utilidade pública* e da *desapropriação por interesse social;* e também do *ato de requisição, em caso de perigo público iminente*. É a redação do comando legal: "O proprietário pode ser privado da coisa, nos casos de desapropriação, por necessidade ou utilidade pública ou interesse social, bem como no de requisição, em caso de perigo público iminente".

A matéria relativa à desapropriação continua mais interessando ao Direito Administrativo do que ao Direito Privado, o que faz com que o dispositivo seja tido como um *estranho no ninho* – está no local errado, disciplinando instituto de natureza distinta. Todavia, pode-se dizer que a previsão legal até se justifica, para que fique claro, do ponto de vista metodológico, essa importante restrição ao domínio em prol dos interesses coletivos.

Os institutos constantes da norma já estavam tratados na codificação anterior, mas de forma diversa.

De início, prescrevia o art. 590 do CC/1916 o seguinte: "Também se perde a propriedade imóvel mediante desapropriação por necessidade ou utilidade pública. § 1.º Consideram-se casos de necessidade pública: I – a defesa do território nacional; II – a segurança pública; III – os socorros públicos, nos casos de calamidade; IV – a salubridade pública. § 2.º Consideram-se casos de utilidade pública: I – a fundação de povoações e de estabelecimentos de assistência, educação ou instrução pública; II – a abertura, alargamento ou prolongamento de ruas, praças, canais, estradas de ferro e, em geral, de quaisquer vias públicas; III – a construção de obras, ou estabelecimentos destinados ao bem geral de uma localidade, sua decoração e higiene; IV – a exploração de minas".

Em continuidade, previa o art. 591 do CC/1916 que "Em caso de perigo iminente, como guerra ou

comoção intestina (Constituição Federal, art. 80), poderão as autoridades competentes usar da propriedade particular até onde o bem público o exija, garantido ao proprietário o direito à indenização posterior". Como os dispositivos do Código Civil de 1916 estão revogados, essas modalidades expropriatórias continuam regulamentadas pelo Decreto-lei 3.365/1941.

As referidas *desapropriações* são reconhecidas como cláusulas pétreas, estabelecendo o art. 5.º, inc. XXIV, da Constituição Federal que "a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição".

A possibilidade de *requisição* consta do art. 5.º, inc. XXV, pelo qual, "no caso de iminente perigo público, a autoridade competente poderá usar de propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior, se houver dano". Apenas para ilustrar, a requisição foi discutida pelo Supremo Tribunal Federal em caso envolvendo a proteção da saúde:

> "O Tribunal concedeu mandado de segurança impetrado contra o Decreto Presidencial 5.392/2005, que declara estado de calamidade pública do setor hospitalar do Sistema Único de Saúde – SUS no Município do Rio de Janeiro, e, dentre outras determinações, autoriza, nos termos do inciso XIII do art. 15 da Lei 8.080/1990, a requisição, pelo Ministro da Saúde, dos bens, serviços e servidores afetos a hospitais daquele Município ou sob sua gestão (...). O Min. Joaquim Barbosa, relator, entendeu ser nulo o ato presidencial impugnado ante a insuficiência de motivação expressa, porquanto ausente qualquer alusão aos motivos de fato ou de direito determinantes de sua prática. Ressaltou, ainda, a possibilidade de a requisição incidir sobre bens públicos, sem a necessidade da decretação do estado de defesa, por ser ela instituto que visa fornecer alternativas à administração para solução de problemas em casos de eminente perigo público. O Min. Carlos Britto divergiu em parte do relator. Considerou tratar-se, na espécie, não de requisição, mas de intervenção federal no município, não admitida pela Constituição Federal, com apossamento de bens, serviços, servidores e recursos públicos municipais, pela União, fora dos parâmetros do estado de defesa e do estado de sítio (CF, arts. 136 e 137 e ss., respectivamente). Concluiu, dessa forma, ter sido o município em questão desafetado de serviço que lhe é próprio, por destinação constitucional, já que a saúde pública é área de atuação de toda pessoa federada, correspondendo a um condomínio funcional, nos termos do art. 196, da CF" (MS 25.295 – Rel. Min. Joaquim Barbosa – *Informativo* n. *384* do STF – Data: 18 a 22 de abril de 2005).

Superada essa análise preliminar, uma vez que os temas interessam mais ao Direito Administrativo, volta-se ao estudo dos dispositivos inaugurais relativos à propriedade na atual codificação privada.

Enuncia o art. 1.229 do CC que "A propriedade do solo abrange a do espaço aéreo e subsolo correspondentes, em altura e profundidade úteis ao seu exercício, não podendo o proprietário opor-se a atividades que sejam realizadas, por terceiros, a uma altura ou profundidade tais, que não tenha ele interesse legítimo em impedi-las". Simbologicamente, pelo que consta do dispositivo, a propriedade *vai do céu ao inferno*, o que remonta ao Direito Romano, denominado como *extensão vertical da propriedade* (MALUF, Carlos Alberto Dabus. *Limitações...*, 2011, p. 105). Todavia, o proprietário deve suportar ingerências externas ao domínio, caso das passagens de água e de cabos que interessam ao bem comum. Em suma, a máxima *usque ad inferos, usque ad sidera* não é absoluta, o que é bem observado pela doutrina (MALUF, Carlos Alberto Dabus. *Limitações...*, 2011, p. 105-106).

Uma dessas ingerências resta clara pela leitura do art. 1.230 do CC/2002, pelo qual a propriedade do solo não abrange as jazidas, minas e demais recursos minerais, os potenciais de energia hidráulica, os monumentos arqueológicos e outros bens referidos por leis especiais. Observe-se mais uma clara restrição à propriedade, para atender à sua finalidade social e aos interesses coletivos. Isso justifica a regra constante do art. 176 da Constituição Federal que "As jazidas, em lavra ou não,

e demais recursos minerais e os potenciais de energia hidráulica constituem propriedade distinta da do solo, para efeito de exploração ou aproveitamento, e pertencem à União, garantida ao concessionário a propriedade do produto da lavra".

A questão das jazidas é disciplinada, no plano infraconstitucional, pelo Decreto-lei 227/1967 (Código de Mineração). O art. 14 da norma trata da pesquisa mineral, que vem a ser a execução dos trabalhos necessários à definição da jazida, sua avaliação e a determinação da exequibilidade do seu aproveitamento econômico. No campo prático, ocorrendo essa pesquisa mineral, determina a Súmula 238 do STJ que a avaliação da indenização devida ao proprietário do solo, em razão de alvará de pesquisa mineral, é processada no Juízo Estadual da situação do imóvel.

De acordo com o parágrafo único do art. 1.230 do Código Civil, o proprietário do solo tem o direito de explorar os recursos minerais de emprego imediato na construção civil, desde que não submetidos a transformação industrial, obedecido o disposto em lei especial. Exemplificando o que consta do dispositivo, o proprietário de um imóvel pode vender a areia que está em sua propriedade, para que ela seja empregada na construção civil. De qualquer forma, essa extração de areia não pode causar danos ambientais ou ecológicos, devendo ser respeitados os parâmetros que constam da legislação ambiental e do art. 1.228, § 1.º, do CC/2002. A questão da extração de areia foi apreciada pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, conforme ementa que se transcreve:

> "Direito público não especificado – Ação civil pública – Dano ambiental – Extração de areia – Inocorrência de cerceamento de defesa – Dano ambiental devidamente comprovado nos autos – Pedido juridicamente possível – Descumprimento do termo de ajustamento de conduta – Restauração do dano ambiental que não aconteceu – Redução da multa diária que é necessária. Comprovado o dano ambiental através do relatório ambiental da PATRAM, datado de set./2000, e do relatório de vistoria da Divisão de Assessoramento Técnico do Ministério Público, não há como dar guarida à tese do apelante de que a FEPAM não estabeleceu as condições necessárias para o cumprimento do termo de ajustamento, notadamente no que diz respeito à recuperação da área objeto de degradação. O termo de ajustamento de conduta foi firmado com o Ministério Público no ano de 2000, e até a presente data o apelante não providenciou a recuperação da área degradada, razão pela qual a procedência da demanda se revela impositiva. No caso, o interesse coletivo (meio ambiente ecologicamente equilibrado) deve prevalecer ao privado, sob pena de afronta a Carta Política e Social, art. 225. Contudo, diante da comprovada carência do apelante, a multa diária vai reduzida para R$ 500,00 (quinhentos reais)" (TJRS – Processo 70011914140 – Data: 23.03.2006 – Órgão julgador: 3.ª Câmara Cível – Juiz relator Nelson Antônio Monteiro Pacheco – Origem: Comarca de Tramandaí).

Seguindo na análise das disposições preliminares que constam do Código Civil, trazendo importante característica da propriedade, estabelece o seu art. 1.231 que a propriedade presume-se plena e exclusiva, até prova em contrário. Essa norma preliminar será aprofundada na próxima seção do capítulo.

Por derradeiro, dispõe o art. 1.232 do atual Código Civil Brasileiro que os frutos e mais produtos da coisa pertencem, ainda quando separados, ao seu proprietário, salvo se, por preceito jurídico especial, couberem a outrem. Pelo alcance da norma, o proprietário, em regra, tem direito aos acessórios da coisa, caso dos frutos (bens acessórios que saem do principal sem diminuir a sua quantidade) e dos produtos (bens acessórios que saem do principal diminuindo a sua quantidade). Porém, essa regra, consagradora do princípio pelo qual o acessório segue o principal (*acessorium sequitur principale*), ou seja, da *gravitação jurídica*, comporta exceções, sendo possível que as partes envolvidas no negócio ou mesmo a lei a afaste.

Como exemplo da última hipótese, pode ser citado o art. 94 do CC/2002, preceito pelo qual o negócio jurídico que diz respeito ao principal, em regra, não repercute nas pertenças. As pertenças,

bens incorporados para fins de utilidade ou embelezamento e que não constituem partes integrantes (art. 93 do CC/2002), são bens acessórios que por regra não seguem o principal, quebrando com aquele antigo *princípio da gravitação jurídica*.

3.3 PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS DO DIREITO DE PROPRIEDADE

A propriedade, como direito real por excelência, tem características muito próximas dos direitos reais, analisadas no Capítulo 1 do presente trabalho. Diante dessa proximidade, pode-se afirmar que são caracteres da propriedade, a constituir a sua natureza jurídica, pelo que consta do Código Civil de 2002 e da Constituição Federal:

a) *Direito absoluto, em regra, mas que deve ser relativizado em algumas situações* – Restou bem claro que a propriedade é o mais completo dos direitos reais. Diante do seu caráter *erga omnes*, ou seja, *contra todos*, é comum afirmar que a propriedade é um direito absoluto. Também no sentido de certo absolutismo, o proprietário pode desfrutar do bem como bem entender. Todavia, como se expôs, existem claras limitações dispostas no interesse do coletivo, caso da *função social e socioambiental da propriedade* (art. 1.228, § 1.º, do CC/2002). Além disso, não se pode esquecer a comum coexistência de um direito de propriedade frente ao outros direitos da mesma espécie, nos termos do art. 1.231 do CC/2002, segundo o qual se admite a prova em contrário da propriedade de determinada pessoa. Ora, o direito de propriedade até tem natureza absoluta se comparado com os direitos pessoais de caráter patrimonial. Entretanto, a propriedade deve ser relativizada se encontrar pela frente um direito da personalidade ou um direito fundamental protegido pelo Texto Maior. Por tudo isso, é forçoso deduzir que se trata de um direito absoluto, regra geral, mas que pode e deve ser relativizado em muitas situações.

b) *Direito exclusivo* – Determinada coisa não pode pertencer a mais de uma pessoa, salvo os casos de condomínio ou copropriedade, hipótese que também não retira o seu caráter de exclusividade (DINIZ, Maria Helena. *Curso*..., 2006, v. 4, p. 116). Isso justifica a presente característica, a ser retirada do art. 1.231 do CC/2002, segundo a qual a propriedade presume-se plena e exclusiva, salvo prova ou previsão em contrário (presunção relativa ou *iuris tantum*). É correto afirmar, assim, que apesar de ser um direito exclusivo, a propriedade envolve interesses indiretos de outras pessoas, e até de toda a sociedade, que almejam o atendimento à sua função social.

c) *Direito perpétuo* – O direito de propriedade permanece independentemente do seu exercício, enquanto não houver causa modificativa ou extintiva, sejam elas de origem legal ou convencional. A propriedade, por tal característica, pode ser comparada a um motor em constante funcionamento, que não para, em regra (*moto contínuo*), a não ser que surja um fato novo que interrompa o seu funcionamento. A propriedade, regra geral, não pode ser extinta pelo não uso, a não ser nos casos de usucapião, como se estudará oportunamente.

d) *Direito elástico* – Característica que é atribuída, na doutrina nacional, a Orlando Gomes, a propriedade pode ser distendida ou contraída quanto ao seu exercício, conforme sejam adicionados ou retirados os atributos que são destacáveis (GOMES, Orlando. *Direitos reais*..., 2004, p. 110). Na propriedade plena, o direito se encontra no *grau máximo de elasticidade*, havendo uma redução nos direitos reais de gozo ou fruição e nos direitos reais de garantia.

e) *Direito complexo* – Por tudo o que aqui está sendo exposto, a propriedade é um direito por demais complexo, particularmente pela relação com os quatro atributos constante do *caput* do art. 1.228 do CC/2002.

f) *Direito fundamental* – Por fim, não se pode esquecer que a propriedade é um direito fundamental, pelo que consta do art. 5.º, incs. XXII e XXIII, da Constituição Federal. Esse caráter faz com que a proteção do direito de propriedade e a correspondente função social sejam aplicados de forma imediata nas relações entre particulares, pelo que consta do art. 5.º, § 1.º, do Texto Maior (*eficácia horizontal dos direitos fundamentais*). Em reforço, o direito de propriedade pode ser ponderado frente a outros direitos tidos como fundamentais, caso da dignidade humana (art. 1.º, inc. III, da CF/1988), particularmente naqueles casos de difícil solução – *técnica de ponderação*, desenvolvida, entre outros, por Robert Alexy.

3.4 A DESAPROPRIAÇÃO JUDICIAL PRIVADA POR POSSE-TRABALHO E A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE. ANÁLISE DO CASO DA *FAVELA PULLMAN* (STJ). SEMELHANÇAS E DIFERENÇAS

3.4.1 Estudo da desapropriação judicial privada por posse-trabalho (art. 1.228, §§ 4.º e 5.º, do CC)

O Código Civil de 2002, como é notório, repete o modelo de outras codificações europeias, caso do BGB Alemão, do Código Civil Italiano de 1942 e do Código Português de 1966. Muitas das supostas novidades que constam da nossa atual codificação já constavam dessas outras leis do Direito Comparado; e, por isso, muitos conceitos tiveram o seu estudo praticamente esgotado, em especial na Europa. Isso ocorreu, por exemplo, em relação à boa-fé objetiva, instituto estudado amplamente em outros Países, sendo notória e conhecida a obra do jurista português Menezes Cordeiro, com mil e quatrocentas páginas, tratando sobre o tema (MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa-fé*..., 2001).

De qualquer forma, pode-se dizer que a nossa atual codificação apresenta duas novidades, cuja criação, em certo sentido, pode ser atribuída à genialidade de Miguel Reale, em momento de contundente preocupação com os aspectos sociais. Por isso é que esses institutos representam muito bem a socialidade, um dos baluartes do Código Civil de 2002.

O primeiro instituto é a *função social do contrato*, princípio contratual de ordem pública que obriga a interpretação do contrato de acordo com o meio que o cerca, limitando a autonomia privada (arts. 421 e 2.035, parágrafo único, do CC). Não nos convence a afirmação de que esse princípio tem origem fascista, atribuída a Emilio Betti e Mussolini, pois a função social do contrato atual tem uma preocupação vital com os vulneráveis contratuais, além de outros pontos de aplicação. Desapareceu o suposto caráter populista de outrora, uma vez que a função social do contrato representa, assim como ocorre com a função social da propriedade, um instrumento eficiente para o controle das injustiças negociais que atingem o nosso País. A realidade brasileira, seja no tempo ou no espaço, é bem diferente da realidade europeia, o que traz a recomendação de que mesmo os institutos *importados* sejam analisados de acordo com a nossa realidade. No tocante à propriedade, vale lembrar que as favelas dominam os ambientes dos grandes centros brasileiros.

O segundo instituto é uma forma de desapropriação privada constante dos §§ 4.º e 5.º do art. 1.228, dispositivos que merecem transcrição destacada:

> "Art. 1.228. (...).
>
> § 4.º O proprietário também pode ser privado da coisa se o imóvel reivindicado consistir em extensa área, na posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de cinco anos, de considerável número de pessoas, e estas nela houverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante.
>
> § 5.º No caso do parágrafo antecedente, o juiz fixará a justa indenização devida ao proprietário; pago o preço, valerá a sentença como título para o registro do imóvel em nome dos possuidores".

O instituto representa uma das principais restrições ao direito de propriedade na atual codificação, além de trazer como conteúdo a função social da posse e do domínio. Para um maior esclarecimento e aprofundamento, será feito um paralelo entre o instituto e um dos mais notórios julgamentos do Superior Tribunal de Justiça sobre o direito de propriedade, conhecido como *caso da Favela Pullman*.

Os dispositivos e o instituto, além de não encontrarem correspondentes na codificação anterior, também não estão previstos em qualquer outra codificação do Direito Comparado. Constitui, assim,

uma criação brasileira. Como esclarece o próprio Miguel Reale, na Exposição de Motivos do Anteprojeto do Código Civil de 2002, “trata-se, como se vê, de inovação do mais alto alcance, inspirada no sentido social do direito de propriedade, implicando não só novo conceito desta, mas também novo conceito de posse, que se poderia qualificar como sendo de posse-trabalho, expressão pela primeira vez por mim empregada, em 1943, em parecer sobre projeto de decreto-lei legislativo às terras devolutas do Estado de São Paulo, quando membro do seu Conselho Consultivo” (REALE, Miguel. Exposição de Motivos..., In: NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil*..., 2005, p. 147).

As palavras de Reale justificam a terminologia *desapropriação judicial privada por posse-trabalho*, que deve ser considerada a melhor a ser empregada. Essa expressão é utilizada, com pequenas alterações, por Maria Helena Diniz, Lucas Abreu Barroso, Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery, nos seus trabalhos aqui citados. De qualquer forma, há algumas variações de terminologia, o que pode ser percebido pela leitura dos *manuais* ou obras de Direito das Coisas.

Não há dúvidas de que o instituto aqui estudado constitui uma modalidade de desapropriação e não de usucapião, como pretende parcela respeitável da doutrina (nesse sentido: GAGLIANO, Pablo Stolze. Controvérsias..., *Jus Navigandi*..., 2006). Isso porque o § 5.º do art. 1.228 do CC estabelece o pagamento de uma *justa indenização*, não admitindo o nosso sistema a usucapião onerosa.

A propósito, Jones Figueirêdo Alves e Mário Luiz Delgado elencam quatro diferenças entre essa forma de desapropriação e a usucapião coletiva urbana, prevista no art. 10 do Estatuto da Cidade (Lei 10.257/2001), a saber:

a) Na usucapião coletiva urbana, os ocupantes devem ser de baixa renda; na desapropriação judicial privada não há essa necessidade.
b) Na usucapião coletiva urbana a área deve ter, no mínimo, 250 m^2, exigência que não está presente na desapropriação judicial privada, bastando uma “extensa área”.
c) A usucapião coletiva somente se aplica aos imóveis urbanos enquanto a desapropriação judicial privada pode ser aplicada aos imóveis urbanos ou rurais.
d) Na usucapião não há direito à indenização, ao contrário da desapropriação judicial privada (ALVES, Jones Figueirêdo; DELGADO, Mário Luiz. *Código Civil*..., 2005, p. 608).

Conclui-se que essa forma de desapropriação é *privada*, pois atua no interesse direto e particular daquelas pessoas que, em número considerável, ocuparam extensa área. Está fundada em uma *posse qualificada*, a *posse-trabalho*, conceituada como sendo a posse sem interrupção e de boa-fé, por mais de cinco anos, “traduzida em trabalho criador, feito em conjunto ou separadamente, quer se concretize na realização de um serviço ou construção de uma morada, quer se manifeste em investimentos de caráter produtivo ou cultural. Essa posse qualificada é enriquecida pelo valor laborativo de um número considerável de pessoas (quantidade apurada com base na extensão da área produtiva), pela realização de obras, loteamentos, ou serviços produtivos e pela construção de uma residência, de prédio destinado ao ensino ou ao lazer, ou, até mesmo, de uma empresa” (DINIZ, Maria Helena. *Curso*..., 2007, p. 195).

Em verdade, a *posse-trabalho* constitui uma cláusula geral, um conceito aberto e indeterminado a ser preenchido caso a caso. Além desse, o § 4.º do art. 1.228 do CC/2002 traz outros conceitos que são legais e indeterminados e que devem ser analisados de acordo com a situação concreta. É o caso das expressões “extensa área”, “considerável número de pessoas”, “boa-fé” (não se sabe se é a boa-

fé subjetiva ou objetiva) e "interesse social e econômico relevante".

Diante da previsão dessas expressões, o instituto demanda da comunidade jurídica e do aplicador do direito um estudo aprofundado para a tentativa do seu preenchimento. Pressentindo essa dificuldade, Gustavo Tepedino demonstra uma série de indagações que surgem do dispositivo e sustenta que "Tais aspectos hão de ser ainda debatidos e amadurecidos, não havendo consenso quanto à interpretação do dispositivo" (Os direitos..., *Temas*..., 2006, p. 160).

Essa tentativa de debate foi efetivada nas *Jornadas de Direito Civil*, com considerável sucesso, diante da aprovação de quatorze enunciados, com as mais diversas aplicações, e que procuram dar efetividade prática ao instituto aqui analisado. Vejamos o teor dessas proposições doutrinárias, que auxiliam sobremaneira para a compreensão do instituto da *desapropriação judicial privada por posse-trabalho*.

3.4.2 As tentativas de orientação da desapropriação judicial privada por posse-trabalho, pelos Enunciados aprovados nas Jornadas de Direito Civil, do Conselho da Justiça Federal e do Superior Tribunal de Justiça

As *Jornadas de Direito Civil* surgiram por iniciativa do então Ministro do Superior Tribunal de Justiça e jurista Ruy Rosado de Aguiar. A partir da experiência argentina, foi adotado um sistema de aprovação de enunciados doutrinários, visando a elucidar o conteúdo do então Novo Código Civil Brasileiro.

A *I Jornada de Direito Civil* ocorreu no ano de 2002, em Brasília, com a aprovação de 137 enunciados e a participação de 130 estudiosos de todo o Brasil. Na *II Jornada de Direito Civil*, realizada no ano de 2003, não foram aprovados enunciados.

Os enunciados voltaram a ser discutidos na *III Jornada*, já no calendário oficial do Conselho da Justiça Federal e do Superior Tribunal de Justiça, também realizada em Brasília, no ano de 2004. Participaram 101 juristas e foram aprovados 133 novos enunciados.

A *IV Jornada de Direito Civil* foi realizada no ano de 2006, com a participação de 179 juristas e a aprovação de 125 enunciados.

Na *V Jornada de Direito Civil* ocorreu no ano de 2011, em comemoração aos dez anos do Código Civil, com a participação de mais de 250 juristas e a aprovação de 132 enunciados. Por fim, no ano de 2013, ocorreu a *VI Jornada de Direito Civil*, com a mesma participação anterior e a aprovação de 46 enunciados. O número total de enunciados aprovados, até a presente data, é de 575.

E não é por nada. Os enunciados aprovados são considerados referências doutrinárias, como uma obra coletiva dos participantes dos eventos, citados por diversos autores de *manuais* e Códigos comentados, caso de Sílvio de Salvo Venosa; Maria Helena Diniz; Carlos Roberto Gonçalves; Gustavo Tepedino, Maria Celina Bodin de Moraes e Heloísa Helena Barboza; Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho; Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald; Ricardo Fiúza e Regina Beatriz Tavares da Silva; Jones Figueirêdo Alves e Mário Luiz Delgado; Antonio Cláudio da Costa Machado e Silmara Chinellato; Cezar Peluso, Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery; Theotonio Negrão, José Roberto Ferreira Gouvêa e Luiz Guilherme Bondioli, entre outros.

Os enunciados aprovados constituem um roteiro seguro de interpretação do Código Civil de 2002,

representando uma tentativa de preenchimento das inúmeras cláusulas gerais consagradas pela nova codificação privada. Como salienta o próprio Ministro Ruy Rosado de Aguiar, “Os enunciados aprovados constituem um indicativo para a interpretação do Código Civil, estando todos diretamente relacionados a um artigo de lei, e significam o entendimento majoritário das respectivas comissões, nem sempre correspondendo à proposição apresentada pelo congressista” (AGUIAR JR., Ruy Rosado de. *III Jornada*..., 2005, p. 9).

Além dessa vertente doutrinária, as *Jornadas de Direito Civil* tornaram-se o mais importante evento do Direito Privado brasileiro. Congregam as mais diversas gerações de civilistas, possibilitam o diálogo aberto e democrático entre profissionais das mais diversas áreas, chegando a despertar até o interesse de juristas de outros países. Das *Jornadas* participam Ministros do Superior Tribunal de Justiça, Desembargadores Federais e Estaduais; Juízes Federais, Estaduais e do Trabalho; Procuradores e Promotores, Advogados e Professores de Direito de todo o País.

No que tange à *desapropriação judicial privada por posse-trabalho*, já foi dito que existem vários enunciados doutrinários aprovados, os quais serão aqui analisados por ordem numérica e de aprovação, salvo algumas conexões quanto aos assuntos.

Quando da *I Jornada de Direito Civil*, foram aprovados três enunciados, na tentativa de resolver uma série de dúvidas e problemas decorrentes do instituto.

O primeiro deles, de número 82, prescreve que “É constitucional a modalidade aquisitiva de propriedade imóvel prevista nos §§ 4.º e 5.º do art. 1.228 do novo Código Civil”. O enunciado, à época, tinha interessante relevância prática, pois alguns autores defendiam, e ainda defendem, que a desapropriação judicial privada é inconstitucional, por incentivar a invasão de terras. Essa é a opinião, por exemplo, de Carlos Alberto Dabus Maluf. São as palavras do Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo:

> “As regras previstas nesses parágrafos são agravadas pela letra do art. 10 da Lei 10.257, de 10.07.2001, conhecida como Estatuto da Cidade, uma vez que nela é permitido que essa usucapião especial de imóvel urbano seja exercida em área maior de duzentos e cinquenta metros quadrados, considerando a área maior do que essa ‘extensa área’. Prevê também que a população que a ocupa forme, mediante o requerimento da usucapião, um condomínio tradicional; e mais, não dá ao proprietário o direito de indenização. Tal forma de usucapião aniquila o direito de propriedade previsto na Lei Maior, configurando verdadeiro confisco, pois, como já dissemos, incentiva a invasão de terras urbanas, subtrai a propriedade do seu titular, sem ele ter direito a qualquer indenização. Essas regras, a do novo Código Civil e a do art. 10 e seus parágrafos da Lei 10.257/2001, devem ser modificadas por um projeto de lei específico, evitando-se, assim, que o Judiciário seja obrigado, por intermédio de inúmeras ações que haverão de surgir, a declará-las inconstitucionais” (*Código Civil*..., 2004, p. 1.133).

Com o devido respeito, não há como concordar com o entendimento que prega inconstitucionalidade da desapropriação judicial privada, pois, como se verá, o instituto visa justamente a dar uma função social à propriedade em situações em que a posse não vem atendendo a essa finalidade de interesse da coletividade.

Do mesmo evento, determina o Enunciado n. 83 CJF/STJ que “nas ações reivindicatórias propostas pelo Poder Público, não são aplicáveis as disposições constantes dos §§ 4.º e 5.º do art. 1.228 do novo Código Civil”. Em outras palavras, o enunciado preceitua que a desapropriação judicial privada não se aplica aos imóveis públicos. Isso porque tais bens não são usucapíveis e, dessa forma, não podem ser objeto de desapropriação por interesse de particulares. A impossibilidade de usucapião de imóveis públicos está prevista em dois dispositivos da

Constituição Federal: art. 183, § 3.º, e art. 191, parágrafo único. Estabelece o mesmo o art. 102 do atual Código Civil.

Entretanto e em complemento, na *IV Jornada de Direito Civil* foi aprovado o Enunciado n. 304 CJF/STJ, determinando que "são aplicáveis as disposições dos §§ 4.º e 5.º do art. 1.228 do CC às ações reivindicatórias relativas a bens públicos dominicais, mantido, parcialmente, o Enunciado n. 83 da *I Jornada de Direito Civil*, no que concerne às demais classificações dos bens públicos". Como se percebe, passou-se a admitir a possibilidade de aplicação do instituto aos bens públicos dominicais, aqueles que constituem patrimônio das pessoas jurídicas de direito público, como objeto de direito pessoal, ou real, de cada uma dessas entidades (art. 99, inc. III, do CC). A título de exemplo, podem ser citados os terrenos de marinha, as terras devolutas, as estradas de ferro, as ilhas formadas em rios navegáveis, os sítios arqueológicos, as jazidas de minerais com interesse público e o mar territorial.

O último enunciado está baseado na tese que sustenta a possibilidade de usucapião desses bens dominicais. Nesse sentido, Sílvio Rodrigues defendia a tese de que as terras devolutas, por interpretação do art. 188, *caput*, da CF/1988, poderiam ser objeto de usucapião, eis que "parece-me que o legislador constituinte, distinguindo as terras públicas das devolutas, criou, como já disse, um novo gênero de bens públicos dominiais, o das terras devolutas, que seriam aquelas que constituem um acervo que o Estado detém como os particulares detêm o próprio patrimônio. Tal patrimônio escapa da regra do art. 100 do CC, que declara inalienáveis os demais bens públicos classificados no dispositivo anterior, e está sujeito a usucapião" (*Direito civil*..., 2002, p. 148).

Essa tese é minoritária, o que justificaria a não aprovação do enunciado. Se a participação deste autor, na *IV Jornada*, tivesse sido na comissão de Direito das Coisas, talvez teria votado pela sua não aprovação, pois acredita-se que os enunciados devem traduzir o entendimento doutrinário majoritário, o que definitivamente não é o caso. De qualquer forma, os enunciados também têm como objetivo fomentar o debate sobre o Código Civil de 2002; e o debate, aqui, é intenso e interessante.

Voltando à *I Jornada de Direito Civil*, aprovou-se o Enunciado n. 84 CJF/STJ, que resolve aparentemente o problema relativo ao pagamento da indenização, ao prever que "A defesa fundada no direito de aquisição com base no interesse social (art. 1.228, §§ 4.º e 5.º, do novo Código Civil) deve ser arguida pelos réus da ação reivindicatória, eles próprios responsáveis pelo pagamento da indenização". Em reforço, resta claro que a desapropriação judicial privada é matéria de exceção, a ser alegada pelos réus da ação reivindicatória proposta pelo proprietário.

Quanto à indenização, esse acabou sendo o entendimento majoritário, nos primeiros anos de discussão do instituto. Como a desapropriação é privada, o pagamento deveria estar a cargo dos ocupantes da área. Esse também era o nosso posicionamento até abril de 2005.

No entanto, entre os dias 5 e 6 de maio de 2005, foi realizado na Universidade Estadual de Londrina, no Estado do Paraná, um evento de discussão dos enunciados do Conselho da Justiça Federal. Naquela ocasião, Lucas Abreu Barroso defendia a tese de que, nos casos de ocupantes de baixa renda, que não teriam condição de arcar com a indenização, o seu pagamento caberia ao Estado, diante de um interesse da coletividade em se atender à função social da posse e da propriedade (Hermenêutica..., *Revista de Direito Privado*, jan. a mar. 2005). Fui convencido, então, por sua premissa teórica, e assim passei a compreender o pagamento da indenização.

Com a *IV Jornada de Direito Civil*, esse entendimento foi considerado majoritário, sendo aprovado o Enunciado n. 308 CJF/STJ que teve, como um dos seus proponentes, o professor Lucas Barroso: "A justa indenização devida ao proprietário em caso de desapropriação judicial (art. 1.228, § 5.º) somente deverá ser suportada pela Administração Pública no contexto das políticas públicas de reforma urbana ou agrária, em se tratando de possuidores de baixa renda e desde que tenha havido intervenção daquela nos termos da lei processual. Não sendo os possuidores de baixa renda, aplica-se a orientação do Enunciado n. 84 da *I Jornada de Direito Civil"*. Naquela ocasião, foram as justificativas do Professor Lucas Abreu Barroso, atual docente na Universidade Federal do Espírito Santo (UFES):

> "Quando a reivindicação do imóvel urbano ou rural se deparar com possuidores de baixa renda, uma vez declarada a desapropriação judicial e apurada a verba indenizatória o pagamento da mesma deverá ficar a cargo do ente federado que teria competência para desapropriá-lo na esfera administrativa. Para tanto, basta que se incorpore tal diretriz às políticas públicas em execução com a finalidade de cuidar das questões de reforma urbana ou agrária ou que se imponha esse ônus à Administração Pública no próprio instrumento decisório. A interpretação proposta para o dispositivo em análise evita duas hipóteses indesejadas: a) que os possuidores de baixa renda, não podendo pagar a justa indenização, sejam obrigados a desocupar o imóvel onde realizaram benfeitorias de relevante interesse social e econômico, cumprindo assim a função social da propriedade; b) que a posse do imóvel seja restituída ao proprietário desidioso, que, ademais, praticou abuso de direito ao não observar os ditames constitucionais e infraconstitucionais atinentes ao direito subjetivo da propriedade privada. A aplicação do instituto assim pensada, no que se refere ao pagamento da indenização, levará a efeito mais facilmente a operabilidade a que está constrito, diminuindo os conflitos sociais e representando fator de distribuição horizontal da riqueza, imprescindível para o exercício da cidadania e para a afirmação da dignidade da pessoa humana".

Esse último enunciado doutrinário visa a dar efetividade prática ao instituto da desapropriação privada, pois dificilmente os possuidores terão condições financeiras de arcar com a indenização. Além disso, acaba por valorizar a função social da posse.

Ato contínuo de análise, na *III Jornada de Direito Civil* foram aprovados apenas dois enunciados doutrinários relativos ao tema.

De acordo com o Enunciado n. 240 CJF/STJ, "A justa indenização a que alude o § 5.º do art. 1.228 não tem como critério valorativo, necessariamente, a avaliação técnica lastreada no mercado imobiliário, sendo indevidos os juros compensatórios". O enunciado tende a afastar a incidência do art. 14 do Decreto-lei 3.365/1941, dispositivo aplicável à desapropriação tradicional, pelo qual o juiz deve nomear um perito de sua escolha para proceder à avaliação dos bens. Em reforço, afasta o pagamento de juros compensatórios, como é comum também na desapropriação tradicional. Portanto, a proposição pretende desassociar a desapropriação judicial privada das outras modalidades existentes.

O segundo enunciado aprovado na *III Jornada*, de número 241, expressa que "O registro da sentença em ação reivindicatória, que opera a transferência da propriedade para o nome dos possuidores, com fundamento no interesse social (art. 1.228, § 5.º), é condicionada ao pagamento da respectiva indenização, cujo prazo será fixado pelo juiz". Até a sentença da ação reivindicatória o domínio ainda pertence ao autor da ação reivindicatória, apenas ocorrendo a transferência com a sentença de improcedência da ação proposta e o respectivo pagamento da indenização. Ao presente autor parece que o enunciado somente terá aplicação nos casos em que a indenização deve ser paga pelos possuidores, e não nos casos em que o Estado deve arcar com tal valor.

Sem prejuízo dos enunciados doutrinários aqui analisados, é notório que os principais avanços se deram na *IV Jornada de Direito Civil*. Desse evento, preconiza o Enunciado n. 305 CJF/STJ que

“tendo em vista as disposições dos §§ 3.º e 4.º do art. 1.228 do CC, o Ministério Público tem o poder-dever de atuação nas hipóteses de desapropriação, inclusive a indireta, que envolvam relevante interesse público, determinado pela natureza dos bens jurídicos envolvidos”. Assim, em havendo desapropriação privada de um imóvel que interessa à coletividade, caso dos bens públicos dominicais, o MP tem o dever de atuação. Esse enunciado confirma o constante do art. 82, inc. III, do CPC, quanto à intervenção do Ministério Público, a saber: “Art. 82. Compete ao Ministério Público intervir: (...). III – nas ações que envolvam litígios coletivos pela posse da terra rural e nas demais causas em que há interesse público evidenciado pela natureza da lide ou qualidade da parte”.

Além desse ponto fulcral, a aplicação da desapropriação judicial privada, alegada como matéria de defesa pelos possuidores, enseja a improcedência do pedido reivindicatório (Enunciado n. 306 CJF/STJ).

Diante da proteção constitucional do Bem Ambiental, estipula o Enunciado n. 307 CJF/STJ que, “na desapropriação judicial (art. 1.228, § 4.º), poderá o juiz determinar a intervenção dos órgãos públicos competentes para o licenciamento ambiental e urbanístico”.

A respeito do conceito de posse de boa-fé previsto no § 4.º do art. 1.228, de acordo com o Enunciado n. 309 CJF/STJ, este não é o que trata o art. 1.201 do CC. Por tal conteúdo, a boa-fé da posse dos ocupantes na desapropriação privada não é a boa-fé subjetiva, aquela que existe no plano intencional; mas a boa-fé objetiva, relacionada às condutas dos envolvidos. A partir desse entendimento, pode-se pensar que invasores do imóvel têm a seu favor a aplicação do instituto da desapropriação privada, o que não seria possível caso a boa-fé a ser considerada fosse a subjetiva. Em casos assim, devem ser confrontadas as posses dos envolvidos, prevalecendo a *melhor posse*, aquela que atenda à função social.

Em verdade, o que propõe o autor deste último enunciado, Rodrigo Reis Mazzei, é uma interpretação restritiva do conceito de boa-fé. São suas palavras:

> “Para que não ocorra a total ineficácia do dispositivo, deverá ser implementada *interpretação restritiva* ao § 4.º do art. 1.228 do CC, de modo a excluir a presença da posse de boa-fé do rol dos requisitos para a concessão da figura jurídica ali desenhada. A solução apontada é admitida, já que a interpretação restritiva, segundo Francesco Ferrara, fica autorizada nas seguintes situações: ‘1.º) se o texto, entendido no modo tão geral como está redigido, viria a contradizer outro texto de lei; 2.º) se a lei contém em si uma contradição íntima (é o chamado argumento *ad absurdeum*); 3.º) se o princípio, aplicado sem restrições, ultrapassa o fim que foi ordenado’. (...). Prestigiar o grave equívoco legislativo, mantendo o descompasso do art. 1.201 frente ao § 4.º do art. 1.228, com a confusão instaurada entre os conceitos de posse de boa-fé e de posse justa, implicará no esvaziamento, quase completo, do inédito instituto jurídico constante em nosso Código Civil, inutilizando-o como ferramenta útil para concretização da função social da propriedade”.

A interpretação deste autor é diferente daquela que gerou o enunciado. Todavia, a conclusão das duas vertentes é a mesma, para a efetividade do instituto e para que seja atendida a função social da propriedade.

De acordo com o Enunciado n. 310 CJF/STJ, também da *IV Jornada*, “Interpreta-se extensivamente a expressão ‘imóvel reivindicado’ (art. 1.228, § 4.º), abrangendo pretensões tanto no juízo petitório quanto no possessório”. O enunciado é perfeito, uma vez que estende a aplicação do instituto para os casos de ação de reintegração de posse proposta pelo proprietário, visando também à sua efetividade prática. O que se percebe é que não houve a absoluta e total separação dos juízos petitório e possessório, como propõe o comentado Enunciado n. 79 CJF/STJ.

Prevê o Enunciado n. 311 CJF/STJ que “caso não seja pago o preço fixado para a desapropriação

judicial, e ultrapassado o prazo prescricional para se exigir o crédito correspondente, estará autorizada a expedição de mandado para registro da propriedade em favor dos possuidores". O dispositivo também tende a proteger os possuidores, pois permanecendo inerte o proprietário na cobrança do valor da dívida, poderá ocorrer a consolidação do domínio a favor dos primeiros. Mais uma vez, deve-se entender que a ementa doutrinária não tem aplicação nos casos de o pagamento estar a cargo da administração pública.

Na *V Jornada de Direito Civil*, do ano de 2011, foi aprovado um único enunciado doutrinário, que amplia a construção, possibilitando que o instituto da desapropriação privada por posse-trabalho seja alegado em petição inicial, ou seja, em ação autônoma (Enunciado n. 496). Assim, pela nova interpretação doutrinária que se tem feito, não é cabível apenas alegar a categoria como matéria de defesa, o que representa notável avanço.

Por fim, cabe destacar que, na *VI Jornada de Direito Civil*, realizada em março de 2013, não foi aprovada qualquer proposta sobre o assunto, talvez porque as anteriores praticamente esgotaram o seu debate pela civilística nacional.

Em conclusão, os enunciados doutrinários tentam resolver uma série de situações práticas, sem dúvida algumas questões surgiram no famoso *caso da favela Pullman*, sobre o qual se passa a discorrer.

3.4.3 O caso da *Favela Pullman* e a função social da propriedade

A favela Pullman localiza-se na zona sul da cidade de São Paulo, e nela vivem, atualmente, milhares de pessoas. A favela tem origem em um antigo loteamento, de 1955, que não teve o devido destino, por muitos anos, por parte dos seus proprietários. Foi assim que ocorreu a ocupação por diversas famílias.

Após a plena ocupação da área e a favelização, os proprietários de alguns terrenos ocupados ingressaram com ação reivindicatória, que foi julgada procedente em primeira instância. Consta dos autos que tais proprietários adquiriram a área entre 1978 e 1979 e que a ação reivindicatória foi proposta em 1985. A sentença repeliu a alegação de usucapião dos ocupantes e condenou os réus à desocupação da área, sem qualquer direito de retenção por benfeitorias e devendo pagar indenização pela ocupação desde o ajuizamento da demanda.

Os ocupantes apelaram então ao Tribunal de Justiça de São Paulo, pretendendo caracterizar a existência da usucapião especial urbana, pois incontestavelmente todos viviam no local há mais de cinco anos, e ocupavam áreas inferiores a 200 m^2, não possuindo qualquer um deles outra propriedade imóvel. Alegaram, portanto, a aplicação do instituto previsto no art. 1.240 do atual CC e que constava do art. 183 da Constituição Federal de 1988, a *usucapião especial ou constitucional urbana*, que ainda será devidamente estudada.

Ainda em sede de recurso, os ocupantes, subsidiariamente, pretenderam o reconhecimento da boa-fé e, consequentemente, do direito de retenção por benfeitorias. O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo deu provimento à apelação dos réus, para julgar improcedente a ação, invertidos os ônus sucumbenciais. Essa decisão revolucionária teve como relator o Desembargador José Osório de Azevedo Júnior. Interessante aqui transcrever os principais argumentos da douta relatoria, o que

pode ser considerado essencial para a compreensão do sentido da função social da propriedade. O texto é longo, mas a leitura é mais do que obrigatória, é fundamental:

"3 – A alegação da defesa de já haver ocorrido o usucapião social urbano, criado pelo art. 183 da CF/1988, não procede, porquanto, quando se instaurou a nova ordem constitucional, a ação estava proposta havia três anos.

Ainda assim, o recurso dos réus tem provimento.

4 – Os autores são proprietários de nove lotes de terreno no Loteamento Vila Andrade, subdistrito de Santo Amaro, adquiridos em 1978 e 1979. O loteamento foi inscrito em 1955. A ação reivindicatória foi proposta em 1985.

Segundo se vê do laudo e das fotografias de fls. 310 e ss., os nove lotes estão inseridos em uma grande favela, a 'Favela do Pullman', perto do Shopping Jardim Sul, Av. Giovanni Gronchi.

Trata-se de favela consolidada, com ocupação iniciada há cerca de 20 anos. Está dotada, pelo Poder Público, de pelo menos três equipamentos urbanos: água, iluminação pública e luz domiciliar. As fotos de fls. 10/13 mostram algumas obras de alvenaria, os postes de iluminação, um pobre ateliê de costureira etc., tudo a revelar uma vida urbana estável, no seu desconforto.

5 – O objeto da ação reivindicatória é, como se sabe, uma coisa corpórea, existente e bem definida. Veja-se por todos, Lacerda de Almeida:

'Coisas corpóreas em sua individualidade, móveis ou imóveis, no todo ou em uma quota-parte, constituem o objeto mais frequente do domínio, e é no caráter que apresentam de concretas que podem ser reivindicadas (...)'. (*Direito das Coisas*, Rio de Janeiro, 1908, p. 308).

No caso dos autos, a coisa reivindicada não é concreta, nem mesmo existente. É uma ficção.

Os lotes de terreno reivindicados e o próprio loteamento não passam, há muito tempo, de mera abstração jurídica. A realidade urbana é outra. A favela já tem vida própria, está, repita-se, dotada de equipamentos urbanos. Lá vivem muitas centenas, ou milhares, de pessoas. Só nos locais onde existiam os nove lotes reivindicados residem 30 famílias. Lá existe uma outra realidade urbana, com vida própria, com os direitos civis sendo exercitados com naturalidade. O comércio está presente, serviços são prestados, barracos são vendidos, comprados, alugados, tudo a mostrar que o primitivo loteamento hoje só tem vida no papel.

A diligente perita, em hercúleo trabalho, levou cerca de quatro anos para conseguir localizar as duas ruas em que estiveram os lotes, Ruas Alexandre Archipenko e Canto Bonito. Segundo a perita:

'A Planta Oficial do Município confronta com a inexistência da implantação da Rua Canto Bonito, a qual foi indicada em tracejado (fls. 306)'.

Na verdade, o loteamento, no local, não chegou a ser efetivamente implantado e ocupado. Ele data de 1955. Onze anos depois, a planta aerofotogramétrica da EMPLASA mostra que os nove lotes estavam cobertos por 'vegetação arbustiva', a qual também obstruía a rua Alexandre Archipenko (fls. 220). Inexistia qualquer equipamento urbano.

Mais seis anos e a planta seguinte (1973) indica a existência de muitas árvores, duas das quais no leito da rua. Seis barracos já estão presentes.

Essa prova casa-se com o depoimento sereno do Padre Mauro Baptista:

'Foi pároco no local até 1973, quando já havia o início da favela do 'Pullman'. Ausentou-se do local até 1979. Quando para lá retornou, encontrou a favela consolidada' (fls. 418).

Por aí se vê que, quando da aquisição, em 1978/9, os lotes já compunham a favela.

6 – Loteamento e lotes urbanos são fatos e realidades urbanísticas. Só existem, efetivamente, dentro do contexto urbanístico. Se são tragados por uma favela consolidada, por força de uma certa erosão social deixam de existir como loteamento e como lotes.

A realidade concreta prepondera sobre a 'pseudorrealidade jurídico-cartorária'. Esta não pode subsistir, em razão da perda do objeto do direito de propriedade. Se um cataclisma, se uma erosão física, provocada pela natureza, pelo homem ou por ambos, faz perecer o imóvel, perde-se o direito de propriedade.

É o que se vê do art. 589 do CC, com remissão aos arts. 77 e 78.

Segundo o art. 77, perece o direito perecendo o seu objeto. E nos termos do art. 78, I e III, entende-se que pereceu o objeto do direito quando perde as qualidades essenciais, ou o valor econômico; e quando fica em lugar de onde não pode ser retirado.

No caso dos autos, os lotes já não apresentam suas qualidades essenciais, pouco ou nada valem no comércio; e não podem ser recuperados, como adiante se verá.

7 – É verdade que a coisa, o terreno, ainda existe fisicamente.

Para o direito, contudo, a existência física da coisa não é o fator decisivo, consoante se verifica dos mencionados incisos I e III do art. 78 do CC. O fundamental é que a coisa seja funcionalmente dirigida a uma finalidade viável, jurídica e economicamente.

Pense-se no que ocorre com a denominada desapropriação indireta. Se o imóvel, rural ou urbano, foi ocupado ilicitamente pela

Administração Pública, pode o particular defender-se logo com ações possessórias ou dominiais. Se tarda e ali é construída uma estrada, uma rua, um edifício público, o esbulhado não conseguirá reaver o terreno, o qual, entretanto, continua a ter existência física. Ao particular, só cabe ação indenizatória.

Isto acontece porque o objeto do direito transmudou-se. Já não existe mais, jurídica, econômica e socialmente, aquele fragmento de terra do fundo rústico ou urbano. Existe uma outra coisa, ou seja, uma estrada ou uma rua etc. Razões econômicas e sociais impedem a recuperação física do antigo imóvel.

Por outras palavras, o *jus reivindicandi* (art. 524, parte final, do CC) foi suprimido pelas circunstâncias acima apontadas. Essa é a Doutrina e a Jurisprudência consagradas há meio século no direito brasileiro.

8 – No caso dos autos, a retomada física é também inviável.

O desalojamento forçado de trinta famílias, cerca de cem pessoas, todas inseridas na comunidade urbana muito maior da extensa favela, já consolidada, implica uma operação cirúrgica de natureza ético-social, sem anestesia, inteiramente incompatível com a vida e a natureza do Direito.

É uma operação socialmente impossível.

E o que é socialmente impossível é juridicamente impossível.

Ensina L. Recaséns Siches, com apoio explícito em Miguel Reale, que o Direito, como obra humana que é, apresenta sempre três dimensões, a saber:

'A) Dimensión de hecho, la cual comprende los hechos humanos sociales en los que el Derecho se gesta y se produce; así como las conductas humanas reales en las quales el Derecho se cumple y lleva a cabo.

B) Dimensión normativa (...).

C) Dimensión de valor, estimativa, o axiológica, consistente en que sus normas, mediante las cuales se trata de satisfacer una série de necesidades humanas, esto intentan hacerlo con la exigencias de unos valores, de la justicia y de los demás valores que esta implica, entre los que figuran la autonomía de la persona, la seguridad, el bien común y otros.

(...) pero debemos precatarnos de que las tres (dimensiones) se hallan reciprocamente unidas de un modo inescindible, vinculadas por triples nexos de esencial implicación mutua' (*Introducción al Estudio Del Derecho*, México, 1970, p. 45).

Por aí se vê que a dimensão simplesmente normativa do Direito é inseparável do conteúdo ético-social do mesmo, deixando a certeza de que a solução que se revela impossível do ponto de vista social é igualmente impossível do ponto de vista jurídico.

9 – O atual direito positivo brasileiro não comporta o pretendido alcance do poder de reivindicar atribuído ao proprietário pelo art. 524 do CC.

A leitura de todos os textos do CC só pode se fazer à luz dos preceitos constitucionais vigentes. Não se concebe um direito de propriedade que tenha vida em confronto com a Constituição Federal, ou que se desenvolva paralelamente a ela.

As regras legais, como se sabe, se arrumam de forma piramidal.

Ao mesmo tempo em que manteve a propriedade privada, a CF a submeteu ao princípio da função social (arts. 5.º, XXII e XXIII; 170, II e III; 182, § 2.º; 184; 186 etc.).

Esse princípio não significa apenas uma limitação a mais ao direito de propriedade, como, por exemplo, as restrições administrativas, que atuam por força externa àquele direito, em decorrência do poder de polícia da Administração.

O princípio da função social atua no conteúdo do direito. Entre os poderes inerentes ao domínio, previstos no art. 524 do CC (usar, fruir, dispor e reivindicar), o princípio da função social introduz um outro interesse (social) que pode não coincidir com os interesses do proprietário. Veja-se, a esse propósito, José Afonso da Silva, *Direito constitucional positivo*, 5. ed., p. 249-250, com apoio em autores europeus.

Assim, o referido princípio torna o direito de propriedade, de certa forma, conflitivo consigo próprio, cabendo ao Judiciário dar-lhe a necessária e serena eficácia nos litígios graves que lhe são submetidos.

10 – No caso dos autos, o direito de propriedade foi exercitado, pelos autores e por seus antecessores, de forma antissocial. O loteamento – pelo menos no que diz respeito aos nove lotes reivindicandos e suas imediações – ficou praticamente abandonado por mais de 20 (vinte) anos; não foram implantados equipamentos urbanos; em 1973, havia árvores até nas ruas; quando da aquisição dos lotes, em 1978/9, a favela já estava consolidada. Em cidade de franca expansão populacional, com problemas gravíssimos de habitação, não se pode prestigiar tal comportamento de proprietários".

Como se percebe, a decisão segue a linha antes defendida, no sentido de ser a função social um verdadeiro componente da propriedade (*propriedade é função social*). Em reforço, aplica a *intervenção impulsionadora da função social da propriedade*, conforme aqui antes foi esposado.

Após essa notável decisão, os autores da ação interpuseram recurso especial perante o Superior

Tribunal de Justiça. Alegaram que a ação reivindicatória foi promovida com base no art. 524 do Código Civil de 1916, postulando o reconhecimento de seu direito de propriedade sobre vários lotes de terreno, requerendo fosse deferida, sobre eles, a sua posse. Sustentavam que os lotes foram invadidos pelos réus, ali construindo benfeitorias consistentes em barracos; alguns dos réus se defenderam alegando prescrição aquisitiva, por se acharem na área há mais de vinte e cinco anos e outros alegaram posse mansa e pacífica há mais de quinze; ainda outros afirmaram estar no local há oito anos, imaginando que o terreno era da municipalidade.

Quanto ao mérito, argumentaram os recorrentes que foi negada vigência ao art. 524 do Código Civil anterior, o qual assegurava aos titulares do domínio o pleno exercício das faculdades a eles inerentes, acentuando que a decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo importava em verdadeira expropriação de bens particulares.

Do ponto de vista processual, os recorrentes alegaram que o acórdão seria nulo, por violação ao art. 2.º do CPC, que consagra o *princípio processual da inércia da jurisdição*, porque embora negando a reivindicatória dos autores e a defesa dos réus sobre a prescrição aquisitiva, o acórdão deu provimento à apelação destes por fundamentos diversos, quais sejam o perecimento do direito de propriedade e a prevalência da função social da terra, temas não suscitados nos autos.

Salientaram, em reforço, que houve contrariedade ao art. 460 do CPC, pois foi proferida decisão diversa da postulada ("É defeso ao juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado. Parágrafo único. A sentença deve ser certa, ainda quando decida relação jurídica condicional"). Além disso, alegaram os recorrentes que foram infringidos os arts. 502, 512 e 515 do CPC, pois o Tribunal de Justiça apreciou matéria não devolvida ao seu conhecimento.

O Superior Tribunal de Justiça, em julgamento proferido no ano de 2005, confirmou a decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo, extraindo-se a seguinte ementa:

> "Ação reivindicatória – Terrenos de loteamento situados em área favelizada – Perecimento do direito de propriedade – Abandono – CC, arts. 524, 589, 77 e 78 – Matéria de fato – Reexame – Impossibilidade – Súmula 7-STJ. I – O direito de propriedade assegurado no art. 524 do CC anterior não é absoluto, ocorrendo a sua perda em face do abandono de terrenos de loteamento que não chegou a ser concretamente implantado, e que foi paulatinamente favelizado ao longo do tempo, com a desfiguração das frações e arruamento originariamente previstos, consolidada, no local, uma nova realidade social e urbanística, consubstanciando a hipótese prevista nos arts. 589 c/c 77 e 78, da mesma lei substantiva. II – 'A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial' – Súmula 7-STJ. III. Recurso especial não conhecido" (STJ – Recurso Especial 75.659 – SP (1995/0049519-8) – 4.ª Turma – Rel. Min. Aldir Passarinho Junior – Recorrente – Aldo Bartholomeu e outros, Recorrido: Odair Pires de Paula e outros – Data: 21.06.2005).

O que se percebe do teor do julgamento no Superior Tribunal de Justiça é que, basicamente, foram reproduzidos os argumentos do Desembargador José Osório, ou seja, acabaram prevalecendo as suas lições sobre o conceito e o conteúdo da propriedade e a legitimidade para a ação reivindicatória.

Mas é importante dizer que, em complemento, o Ministro relator Aldir Passarinho Jr. acrescentou a tese de existência de abandono, previsto no art. 589, III, do CC de 1916, como forma de perda da propriedade imóvel. Foram os seus argumentos:

> "De efeito, consta que o loteamento, de 1955, jamais chegou a ser efetivado. Dez anos depois era um completo matagal, sem qualquer equipamento urbano, portanto inteiramente indefinidos no plano concreto, os lotes dos autores. Iniciou-se, pouco tempo após, a ocupação e favelização do local, solidificada ao longo do tempo, montada uma outra estrutura urbana indiferente ao plano original, como sói acontecer com a ocupação indisciplinada do solo por invasões, obtendo, inclusive, a chancela do Poder Público, que lá instalou luz, água,

calçamento e demais infraestruturas. Aliás, chama a atenção a circunstância de que até uma das ruas também fora desfigurada, jamais teve papel de via pública (cf. fl. 503). Assim, quando do ajuizamento da ação reivindicatória, impossível reconhecer, realmente, que os lotes ainda existiam em sua configuração original, resultado do abandono, aliás desde a criação do loteamento. Nesse prisma, perdida a identidade do bem, o seu valor econômico, a sua confusão com outro fracionamento imposto pela favelização, a impossibilidade de sua reinstalação como bem jurídico no contexto atual, tem-se, indubitavelmente, que o caso é, mesmo, de perecimento do direito de propriedade. É certo que o art. 589, § 2.º, prevê a 'arrecadação do bem vago, mas esse procedimento formal cede à realidade fática. Na prática, e o que interessa ao deslinde da questão, importa verificar se desapareceu ou não e, na espécie, a resposta é afirmativa, no que tange à propriedade dos autores-recorrentes'".

Não há dúvidas de que o Ministro Relator reconheceu a função social da posse como fundamento para o *preenchimento* do conceito de função social da propriedade.

O julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo foi comentado por Alcides Tomasetti Jr., que vê na decisão uma grande evolução em relação ao conceito de propriedade. Para ele:

"O que também não surpreende: muitos livros que versam sobre o direito civil – da parte geral ao direito das coisas, especialmente – teriam de ser repensados e refeitos. E, afinal de contas, por que não aguardar, comodamente, a coisa julgada, para, depois, caso vier a se formar, fingir esquecê-la?" (Jurisprudência..., *Revista dos Tribunais*..., jan. 1996, p. 209).

Na verdade, os livros da presente coleção não precisarão ser refeitos, pois a preocupação com a socialidade os orienta desde a sua primeira edição.

O artigo do professor da USP servirá como roteiro para o paralelo que se pretende traçar a partir do presente momento.

3.4.4 Semelhanças e diferenças entre a desapropriação judicial privada e o julgamento do caso da *Favela Pullman*

Uma primeira indagação que poderia surgir a respeito desse importante paralelo é: o art. 1.228, §§ 4.º e 5.º, do CC poderia ser aplicado ao *caso da favela Pullman*, se estivesse, à época, em vigor? A resposta, para este autor, parece ser positiva.

Analisando o § 4.º do art. 1.228 do Código de 2002, pode-se dizer que a área dos loteamentos é extensa e que foi ocupada por um número considerável de pessoas, milhares de cidadãos.

Considerando-se o conceito de boa-fé objetiva, aquela que existe no plano da conduta, e a ideia de *melhor posse*, pode-se afirmar que a posse dos ocupantes seria de boa-fé. Interessante perceber que se fosse aplicada a boa-fé subjetiva, de ignorância de um obstáculo para a aquisição do domínio, não seria possível incidir o instituto da desapropriação privada, pela falta desse requisito por parte dos ocupantes. A propósito, ao comentar o julgado, ensina Alcides Tomasetti Jr. que:

"A motivação do julgamento é concludente e incisiva, quer se queira, ou não, aceitar as razões do decidir. Estas razões talvez possam ser concentradas, por antecipação, no seguinte modo: a ação (em sentido material) para que o titular do domínio sobre lotes residenciais urbanos possa haver (não se trata de reaver) a posse da coisa, tem de ser julgada em adequação ao modelo constitucional de propriedade, desacolhendo-se a pretensão real à imissão quando não seja justamente deduzida, conforme o princípio da função social" (Jurisprudência..., *Revista dos Tribunais*, jan. 1996, p. 209).

A conclusão é que a ideia de função social serve para preencher o conceito de boa-fé. Confrontando-se a posse dos proprietários, que nunca deram qualquer destinação aos imóveis (*posse antissocial, diante da inércia, do ato negativo*), com a posse dos ocupantes, percebe-se que os

últimos dotaram o bem de uma finalidade social (*posse social, diante da atuação coletiva, do ato positivo*). Por isso é que a sua posse é *melhor* e pode ser tida como posse de boa-fé, se confrontada com a dos autores da ação reivindicatória. Deve-se entender que a *boa conduta* desses ocupantes serve para convalidar uma posse inicialmente injusta e de má-fé, pelo ato de invasão.

Da análise das decisões, o requisito temporal de cinco anos previsto no § 4.º do art. 1.228 do CC/2002 foi preenchido, sendo a posse, também, ininterrupta. Mais um requisito está preenchido para a eventual aplicação da desapropriação judicial por posse-trabalho.

A respeito das obras realizadas, os barracos construídos poderiam ser considerados pelo juiz como de interesse social e econômico relevante, assim como estabelece o § 4.º do art. 1.228 do CC/2002. Isso é evidenciado pelo seguinte trecho da decisão do Desembargador José Osório, do Tribunal de Justiça de São Paulo: "Lá existe uma outra realidade urbana, com vida própria, com os direitos civis sendo exercitados com naturalidade. O comércio está presente, serviços são prestados, barracos são vendidos, comprados, alugados, tudo a mostrar que o primitivo loteamento hoje só tem vida no papel".

Por fim, está presente o requisito processual, eis que houve uma ação reivindicatória proposta pelos proprietários dos imóveis. Assim, conclui-se pela adequação do caso a todos os requisitos constantes do § 4.º do art. 1.228 da codificação geral privada, o que aproxima o julgado do instituto aqui estudado.

Quanto ao § 5.º do art. 1.228, nota-se a principal diferença entre o julgado da Favela Pullman e a desapropriação judicial privada. Isso porque, no caso analisado, não foi arbitrada qualquer indenização aos proprietários, que alegaram usucapião da área. Talvez se a hipótese fática ocorresse atualmente, seria o caso de o juiz da causa fixar essa indenização, aplicando a desapropriação privada. Isso visa a *premiar* a conduta dos proprietários que promoveram a demanda petitória, demonstrando eventual interesse pelos imóveis. Se os proprietários não tomam essa medida, os possuidores é que terão a possibilidade de iniciativa para promoverem as competentes ações de usucapião, hipótese em que não haverá direito de indenização em favor dos proprietários.

Se o caso da Favela Pullman fosse de desapropriação judicial privada, entendemos que deveria ser aplicado o Enunciado n. 308 CJF/STJ, com a indenização a ser paga pela Administração Pública, em conformidade com as políticas de reforma urbana.

Outro ponto que diferencia o caso da Favela Pullman da desapropriação judicial privada é a aplicação da *tese do abandono* como forma de se perder a propriedade imóvel e de afastar o direito à vindicação, o que também está previsto no Código Civil de 2002, no seu art. 1.275, inc. III.

Se realmente não houve qualquer destinação ao bem, isso retiraria a possibilidade de os proprietários ingressarem com a ação reivindicatória e, portanto, o instituto da desapropriação judicial privada por posse-trabalho não seria aplicado, julgando-se o pedido improcedente por outra razão.

Este autor compreende que a questão é de julgamento do mérito do pedido reivindicatório. Se o juiz entender que o caso é de abandono, julgará improcedente a ação, atribuindo a posse (com a possibilidade de posterior ação de usucapião) ou a propriedade aos ocupantes – não havendo o pagamento de qualquer indenização. Se entender, no caso concreto, que não houve abandono, aplicará a desapropriação judicial privada – havendo o pagamento de indenização a favor dos

proprietários. Tratando-se de famílias de baixa renda, como foi o caso, o Estado pagará a indenização.

A segunda *tática processual* serve, inclusive, para afastar a eventual argumentação de confisco de bens ou mesmo de lesão ao direito fundamental à propriedade privada. O próprio Professor Alcides Tomasetti enfatiza os méritos da *estratégia jurisdicional* adotada no caso da Favela Pullman. Jurisprudência comentada (*Revista dos Tribunais*, p. 217, jan. 1996). Como uma *segunda estratégia* para a valorização da função social da posse e da propriedade, há a possibilidade de aplicação da *desapropriação judicial privada por posse-trabalho*.

Surgem, nesse ponto, algumas questões e indagações processuais no paralelo entre o julgado e a desapropriação privada.

No *caso Pullman*, houve diversidade nos argumentos dos réus, ocupantes do imóvel. O Tribunal de Justiça de São Paulo, entretanto, conduziu o julgamento de forma totalmente distinta, havendo, supostamente, infração ao *princípio da inércia da jurisdição*. O argumento de lesão ao princípio processual foi facilmente afastado pelo Superior Tribunal de Justiça pela confirmação das teses do Desembargador José Osório e do Professor Alcides Tomasetti de que faltaria aos proprietários legitimidade para a ação petitória, uma vez que não atenderam ao requisito da função social.

Pensemos que o caso agora é de desapropriação privada. Houve a ação reivindicatória pelos proprietários e alguns possuidores alegaram a usucapião, outros a posse e outros tantos a desapropriação judicial privada por posse-trabalho. Fica a dúvida: se a usucapião pode ser alegada como matéria de defesa, conforme a Súmula 237 do Supremo Tribunal Federal, o juiz poderia aplicar para todos os possuidores o instituto da desapropriação privada?

Pelo *princípio da inércia da jurisdição*, a resposta seria igualmente negativa. Todavia, para responder positivamente, a saída seria entender que, principalmente nos casos de famílias de baixa renda – que envolvem a questão da função social da propriedade como valor constitucional –, a matéria é de ordem pública, podendo o juiz conhecê-la de ofício, o que representa exceção ao princípio da inércia, como reconhecem os próprios processualistas (Nery Jr., Nelson; Nery, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil*..., 2004. p. 387).

Na verdade, o conhecimento de ofício será apenas de aplicação da desapropriação privada para todos os ocupantes ou possuidores. Isso acaba entrelaçando a ordem privada – uma vez que a desapropriação é de interesse particular –, com a ordem pública, pela valorização da função social da propriedade.

Com o reconhecimento dos requisitos legais, o juiz fixará uma indenização a favor dos proprietários. Isso não ocorreu no caso da *Pullman*, sendo interessante verificar que os julgadores, em uma perspectiva social, foram muito além do que consagra o Código Civil a respeito da desapropriação privada: foi negado o direito à ação petitória, pura e simplesmente sem qualquer direito à indenização. A conclusão é de que a desapropriação judicial privada por posse-trabalho, em relação ao famoso julgado, constitui até um retrocesso. Bom seria se a maioria da comunidade jurídica pensasse assim...

Apesar dessa última dedução jurídica, deve-se buscar a aplicação prática do instituto previsto no art. 1.228, §§ 4.º e 5.º, do CC/2002, criação brasileira, o que justifica a resposta inicialmente positiva para a aplicação da desapropriação judicial privada se o caso da Favela *Pullman* se repetir.

Analisando o caso concreto, parece-me que a situação descrita nos julgados está mais próxima da desapropriação judicial privada do que do abandono. Concluindo, finalmente, só resta aguardar que os fatos ocorram novamente, o que, sem dúvidas, está muito próximo de acontecer. Aguardemos os fatos e que os magistrados, no futuro, tenham a mesma consciência e inteligência que tiveram os julgadores da ação analisada.

3.5 DA PROPRIEDADE RESOLÚVEL. O ENQUADRAMENTO DA PROPRIEDADE FIDUCIÁRIA. PRIMEIRA ABORDAGEM

Da *Enciclopédia Saraiva de Direito*, obra coordenada por Rubens Limongi França, pode-se extrair que a propriedade resolúvel constitui aquela que pode ser extinta quer pelo advento de condição (evento futuro e incerto) ou pelo termo (evento futuro e certo), quer pela superveniência de uma causa capaz de destruir a relação jurídica. Cumpre frisar que, para Sílvio Rodrigues, responsável pela elaboração do verbete na obra, "não é aos princípios gerais do domínio, mas aos da condição que se deve remontar para encarar o que se convencionou chamar de propriedade resolúvel" (*Enciclopédia Saraiva*..., 1977, p. 224-225). Apesar dessa importante crítica, destaque-se que a propriedade resolúvel está inserida no capítulo da lei geral privada que trata do Direito das Coisas, entre os arts. 1.359 e 1.360 do CC/2002.

Antes de analisar essas regras, é fundamental lembrar que em muitas situações envolvendo o contrato a propriedade resolúvel está presente. É o que ocorre, por exemplo, na compra e venda com cláusula de retrovenda, em que o vendedor tem a possibilidade de reaver a coisa no prazo máximo de três anos (arts. 505 a 508 do CC). Até esse prazo, pode-se afirmar que a propriedade do comprador é meramente resolúvel.

O raciocínio da propriedade resolúvel também vale para a cláusula especial de venda com reserva de domínio (arts. 521 a 528 do CC). Por esse instituto, na venda de coisa móvel, pode o vendedor reservar para si a propriedade, até que o preço esteja integralmente pago. A transferência de propriedade ao comprador somente ocorrerá no momento em que o preço esteja integralmente pago. Até esse pagamento a propriedade do vendedor é resolúvel.

Igualmente, há propriedade resolúvel do donatário na doação com cláusula de reversão. Enuncia o art. 547 do CC/2002 que o doador pode estipular que os bens doados voltem ao seu patrimônio, se sobreviver ao donatário. Recebendo o donatário o bem e ocorrendo o seu falecimento, os bens retornarão ao doador que estiver vivo, o que denota a resolubilidade da propriedade do primeiro.

Partindo para as regras específicas do Código Civil, estabelece o art. 1.359 que, resolvida a propriedade pelo implemento da condição ou pelo advento do termo, entendem-se também resolvidos os direitos reais concedidos na sua pendência. Em complemento, o proprietário, em cujo favor se opera a resolução, pode reivindicar a coisa do poder de quem a possua ou detenha. Como há relação com a condição e o termo, a propriedade resolúvel envolve questões de *eficácia* e não de validade dos negócios jurídicos correspondente.

Pelo que comanda a norma, na última hipótese citada, de doação com cláusula de reversão, o doador poderá reivindicar a coisa de quem a detenha, se o bem tiver sido vendido pelo donatário, ocorrendo o seu pré-falecimento. O que se nota é que a resolução da propriedade traz efeitos retroativos ou *ex tunc*, atingindo todos os atos correlatos. Conforme anota Maria Helena Diniz,

“Romper-se-ão ainda, automaticamente, todos os vínculos reais de garantia que se constituíram em sua pendência, devido ao princípio resoluto *iuris dantis resolvitur ius accipientis*” (*Código Civil*..., 2007, p. 1.088).

Por outro lado, se a propriedade se resolver por outra causa superveniente, o possuidor, que a tiver adquirido por título anterior à sua resolução, será considerado proprietário perfeito, restando à pessoa, em cujo benefício houve a resolução, ação contra aquele cuja propriedade se resolveu para haver a própria coisa ou o seu valor (art. 1.360 do CC). Aqui não há menção à condição e ao termo, mas a um fato novo, superveniente, que também gera a extinção. Os efeitos não são retroativos, mas *ex nunc* (a partir de então, da resolubilidade).

Resumindo as lições expostas, na *V Jornada de Direito Civil* aprovou-se enunciado didático, com a seguinte redação: “A resolução da propriedade, quando determinada por causa originária, prevista no título, opera *ex tunc* e *erga omnes;* se decorrente de causa superveniente, atua *ex nunc* e *inter partes”* (Enunciado n. 509).

Como exemplo dessa causa superveniente da resolução da propriedade, pode ser citada a ingratidão do donatário, que gera a revogação do contrato (art. 555 do CC). Em complemento, preceitua o art. 557 do Código Civil que podem ser revogadas por ingratidão as doações: *a)* se o donatário atentou contra a vida do doador ou cometeu crime de homicídio doloso contra ele; *b)* se cometeu contra ele ofensa física; *c)* se o injuriou gravemente ou o caluniou; *d)* se, podendo ministrá-los, recusou ao doador os alimentos de que este necessitava. Anote-se que conforme se deliberou na *I Jornada de Direito Civil*, o rol constante do último dispositivo é meramente exemplificativo, pois são admitidas outras hipóteses para a revogação da doação (Enunciado n. 33 CJF/STJ).

Neste ponto, é importante trazer nota importante da doutrina contemporânea. Isso porque há quem entenda que o art. 1.360 do CC/2002 não traz modalidade de propriedade resolúvel, mas a propriedade *ad tempus*. Isso porque, “ao contrário da propriedade resolúvel, aqui inexiste cláusula contratual de limitação temporal da eficácia do negócio jurídico. Na propriedade *ad tempus*, a extinção do direito de propriedade decorre de um evento superveniente. Portanto, não se trata exatamente de propriedade resolúvel, porém revogável em razão de um evento futuro” (FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direitos reais*..., 2006, p. 354).

Esse entendimento acaba sendo o minoritário, pois a propriedade é resolúvel diante de um fato que se enquadra no plano da eficácia. Isso ocorre com a condição e com o termo (art. 1.359 do CC), bem como diante do motivo superveniente mencionado no art. 1.360 do CC. Em síntese, não se filia aos doutrinadores citados, com o devido respeito.

Pois bem, superado o tratamento da propriedade resolúvel, o Código Civil de 2002 disciplina a propriedade fiduciária (arts. 1.361 a 1.368-A, o último introduzido pela recente Lei 10.931/2004). A razão da proximidade legislativa está no fato de que na propriedade fiduciária há propriedade resolúvel, como ocorre na alienação fiduciária em garantia.

O Código Civil restringe-se a tratar da propriedade fiduciária de bens móveis, prevendo no seu art. 1.361 que se considera fiduciária a propriedade resolúvel de coisa móvel infungível que o devedor, com escopo de garantia, transfere ao credor. Há ainda tratamento relativo ao tema no Decreto-lei 911/1969.

Por outra via, a Lei 9.514/1997 trata da alienação fiduciária em garantia de bens imóveis,

enunciando o seu art. 1.º que “A alienação fiduciária regulada por esta Lei é o negócio jurídico pelo qual o devedor, ou fiduciante, com o escopo de garantia, contrata a transferência ao credor, ou fiduciário, da propriedade resolúvel de coisa imóvel”. Em capítulo próprio serão demonstradas as diferenças técnicas entre as expressões *propriedade fiduciária* e *alienação fiduciária*, bem como aprofundado o estudo do tema (Capítulo 9, que fecha a presente obra).

Neste momento é fundamental apenas a consciência de que a propriedade fiduciária, pela literalidade da lei, constitui modalidade de propriedade resolúvel. Superada essa primeira abordagem, passa-se a estudar o interessante conceito de *propriedade aparente*.

3.6 DA PROPRIEDADE APARENTE

Mais uma vez socorrendo-nos a *Enciclopédia Saraiva de Direito*, pode ser extraído o seguinte conceito de *propriedade aparente*: “é a situação na qual existe suposição de que uma pessoa tenha relação de domínio sobre o qual não recaem ônus que possam restringir os direitos decorrentes da relação de domínio” (*Enciclopédia*..., 1977, p. 183).

Na doutrina brasileira contemporânea, o tema da propriedade aparente tem sido estudado por autores da atual geração de civilistas. E não poderia ser diferente, uma vez que o Código Civil de 2002 valoriza a aparência ao consagrar a *eticidade* como um dos seus princípios fundamentais, como expõe a obra de Miguel Reale.

Entre esses doutrinadores destaca-se Vitor Frederico Kümpel, que defendeu tese de doutorado na USP, tratando da *teoria da aparência no Código Civil de 2002*. A relação do tema com a boa-fé fica clara pelas próprias palavras do autor:

> “A teoria da aparência está toda ela aparelhada na proteção do terceiro, pois é a confiança legítima do terceiro que agiu de boa-fé, objetiva e subjetiva, isto é, boa-fé padronizada e boa-fé psicológica, que faz produzir consequências jurídicas, muitas vezes em situações inexistentes ou inválidas, mas que têm que produzir efeitos jurídicos válidos. A teoria da aparência não tem que produzir efeitos nas partes originárias do negócio. Um casamento aparente (art. 1.562 do CC) é fictício para as partes e, a estas, a aparência não protege, devendo proteger apenas os terceiros que, diante da certidão do casamento, creem na relação jurídica aparente. Portanto, de modo geral, a teoria da aparência visa a proteção de terceiros, e não as partes originárias. Em alguns casos isolados pode até proteger as próprias partes” (A teoria..., *Coleção*..., 2007, p. 55).

O raciocínio serve, obviamente, para a propriedade, seja ela móvel ou imóvel. No tocante aos direitos reais, Kümpel apresenta os seguintes requisitos da propriedade aparente (*A teoria*..., 2007, p. 310):

a) *Sujeitos da aquisição* – são somente os terceiros de boa-fé que adquirem a propriedade aparente, diante de um negócio *inter vivos, mortis causa* ou pela usucapião.

b) *Condições de aquisição* – quatro são destacadas pelo doutrinador: obtenção do título por um dos módulos aquisitivos; alienação por quem aparenta ser o dono da coisa; validade formal do título aquisitivo; boa-fé subjetiva e ética do terceiro adquirente.

No que concerne à propriedade de bens móveis, o conceito de propriedade aparente pode ser retirado da venda a *non domino*, hipótese em que um suposto proprietário vende um bem que não é seu, o que a lei considera como *ineficaz* (art. 1.268 do CC). A partir da constante valorização da boa-fé, poder-se-ia considerar essa venda até como eficaz, eis que a propriedade aparente está presente (KÜMPEL, Vítor Frederico. *A teoria*..., 2007, p. 301-302). Entretanto, e infelizmente, não

foi isso que entendeu o Superior Tribunal de Justiça, em julgado anterior ao atual Código Civil:

"Civil – Venda a *non domino* – Irrelevância da boa-fé dos adquirentes, posto que a venda foi feita em detrimento dos proprietários do imóvel, vítimas de sórdida fraude. Recurso especial não conhecido" (STJ – REsp 122.853/SP – Rel. Min. Ari Pargendler – 3.ª Turma – j. 23.05.2000 – *DJ* 07.08.2000, p. 104).

O que se espera, contudo, é que o entendimento jurisprudencial seja alterado, uma vez que a atual codificação, em vários de seus dispositivos, valoriza a boa-fé. O próprio art. 1.268 do CC/2002 parece fazer essa ressalva a respeito da proteção da boa-fé, de forma mais abrangente do que o art. 622 do CC/1916, seu correspondente na lei anterior. A nova norma ainda será estudada no presente capítulo. Em reforço, cite-se a louvável previsão do art. 167, § 2.º, do CC, pelo qual o ato simulado, que gera nulidade absoluta, não pode prevalecer sobre os direitos de terceiros adquirentes de boa-fé (*inoponibilidade do ato simulado frente a terceiros de boa-fé*).

Relativamente à propriedade dos bens imóveis, a propriedade aparente pode surgir em casos de falsidade do registro, em que a propriedade não existe ou que o registro está em nome de outro titular. Nos dois casos, segundo a doutrina, deve-se pensar na proteção dos direitos de terceiros de boa-fé (KÜMPEL, Vítor Frederico. *A teoria*..., 2007, p. 304-305).

Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald também exploram o tema, e trazem quatro exemplos interessantes de propriedade aparente (*Direitos reais*..., 2006, p. 258-262):

Exemplo 1. O caso do adquirente de bem alienado onerosamente pelo *herdeiro aparente*, nos termos do que consagra o art. 1.817 do CC, *in verbis*: "São válidas as alienações onerosas de bens hereditários a terceiros de boa-fé, e os atos de administração legalmente praticados pelo herdeiro, antes da sentença de exclusão; mas aos herdeiros subsiste, quando prejudicados, o direito de demandar-lhe perdas e danos".

Exemplo 2. Quanto ao pagamento indevido, a previsão do art. 879 do CC/2002, segundo o qual se aquele que indevidamente recebeu um imóvel o tiver alienado em boa-fé, por título oneroso, responde somente pela quantia recebida. Entretanto, se agiu de má-fé, além do valor do imóvel, responde por perdas e danos. Em certa medida, a norma acaba por proteger o direito do sujeito que adquiriu um imóvel indevidamente, pois a venda permanece válida, respondendo o adquirente de boa-fé somente pela quantia que recebeu.

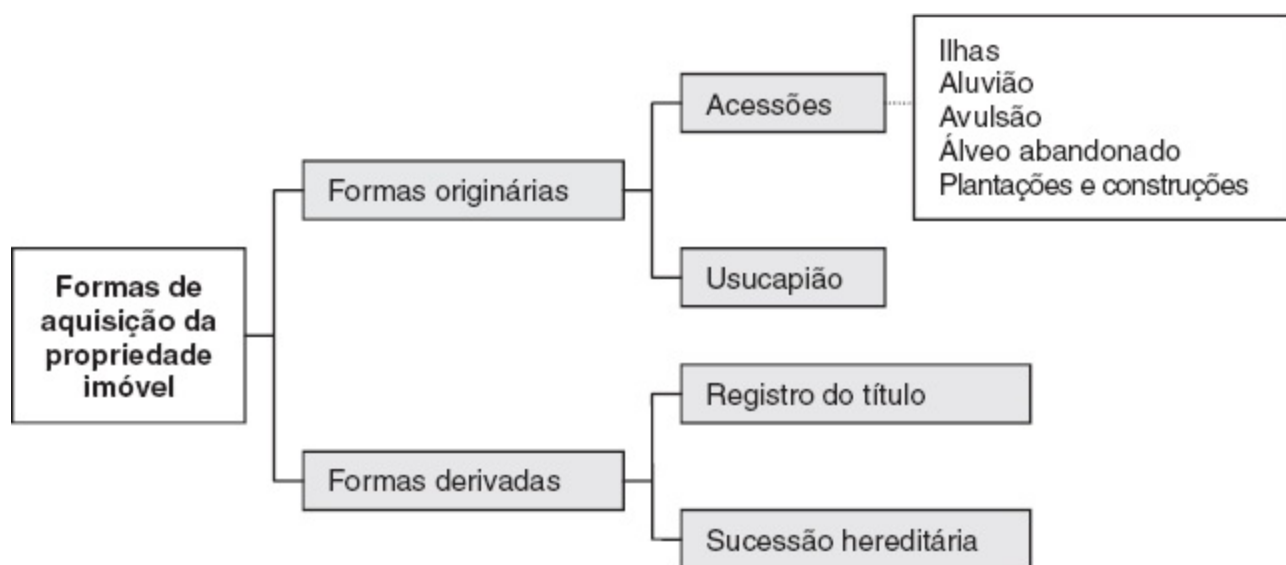
Exemplo 3. A regra constante do art. 161 do CC/2002, que estabelece que a ação pauliana, de anulação do negócio jurídico em caso de fraude contra credores, somente poderá ser ajuizada contra o devedor insolvente, contra a pessoa que com ele celebrou o contrato ou com terceiros adquirentes de má-fé. Ao não prever que a ação seja proposta contra terceiros adquirentes de boa-fé, a propriedade aparente está sendo valorizada.

Exemplo 4. A norma do art. 167, § 2.º, do CC, aqui citada, e que para este autor representa a melhor expressão da teoria da aparência no Código Civil de 2002.

Em conclusão, o tema da propriedade aparente deve ser estudado e aprofundado pela civilística nacional, eis que o Código traz o primaz da boa-fé. Como a boa-fé *faz milagres* no campo prático, a valorização da propriedade aparente deve trazer uma mudança substancial do pensamento, com menos apego ao formalismo, buscando-se um Direito Civil mais concreto e efetivo, o que representa expressão do princípio da operabilidade, outro baluarte da codificação de 2002 segundo Miguel Reale.

3.7 FORMAS DE AQUISIÇÃO DA PROPRIEDADE IMÓVEL. FORMAS ORIGINÁRIAS E DERIVADAS

As formas de aquisição da propriedade constituem tema relevante de Direito das Coisas, sendo fundamental diferenciar as formas de aquisição da propriedade imóvel das formas de aquisição da propriedade móvel, que apesar de apresentarem alguns institutos em comum, trazem outros totalmente distintos, particularmente quanto aos seus efeitos. Na presente obra, começaremos pelas primeiras, relativas aos imóveis.

Como ocorre na posse e também nos demais direitos, a propriedade admite formas de aquisição originárias e derivadas. Nas formas originárias, há um contato direto da pessoa com a coisa, sem qualquer intermediação pessoal. Nas formas derivadas, há intermediação subjetiva, ou seja, por uma ou mais pessoas. O esquema a seguir demonstra quais são as formas de aquisição originária e derivada da propriedade imóvel:

Do ponto de vista prático, a distinção entre as formas originárias e derivadas é importante. Isso porque nas formas originárias a pessoa que adquire a propriedade o faz sem que esta tenha as características anteriores, de outro proprietário. Didaticamente, pode-se afirmar que *a propriedade começa do zero*. É o que ocorre na usucapião, por exemplo. Já nas formas derivadas, há um sentido de continuidade da propriedade anterior, como se dá na compra e venda.

Na prática, é interessante pontuar como essa distinção influi na questão tributária. Se a propriedade é adquirida de forma originária, caso da usucapião, o novo proprietário não é responsável pelos tributos que recaiam sobre o imóvel. Essa tese foi adotada pelo Supremo Tribunal Federal, em famoso julgado, da lavra do então Ministro Djaci Falcão (STF – Recurso Extraordinário 94.586-6/RS – julgado em 30 de agosto de 1984).

O mesmo raciocínio, todavia, não serve para a aquisição derivada, pois na compra e venda o adquirente é responsável por esses tributos.

Outro exemplo prático envolve a hipoteca. Se um imóvel gravado por este direito real de garantia for adquirido por usucapião, ela estará extinta, pois a aquisição é originária. O mesmo não pode ser dito quanto à compra e venda, forma de aquisição derivada.

De forma pontual vejamos as formas de aquisição originária da propriedade imóvel, tratadas no Código Civil de 2002.

3.7.1 Das acessões naturais e artificiais

As acessões, conforme o art. 1.248 do CC/2002, constituem o modo originário de aquisição da propriedade imóvel em virtude do qual passa a pertencer ao proprietário tudo aquilo que foi incorporado de forma natural ou artificial. Como acessões naturais, decorrentes de fatos naturais ou fatos jurídicos *stricto sensu*, o Código Civil consagra a *formação de ilhas*, a *aluvião*, a *avulsão* e o *abandono do álveo*, institutos também tratados no Código de Águas (Decreto-lei 24.643/1934, arts. 16 a 28). Como acessões artificiais, decorrentes da intervenção humana, o atual Código disciplina as *plantações* e as *construções*. Vejamos tais institutos, em ordem sucessiva.

3.7.1.1 Da formação de ilhas

Para a geografia, a ilha é uma faixa de terra cercada de água por todos os lados. Juridicamente, conforme ensina Maria Helena Diniz, a ilha é um acúmulo paulatino de areia, cascalho e materiais levados pela correnteza, ou de rebaixamento de águas, deixando a descoberto e a seco uma parte do fundo ou do leito (*Curso*..., 2007, v. 4, p. 138).

Segundo aponta a mesma doutrinadora, interessam ao Direito Civil somente ilhas formadas em rios não navegáveis ou particulares, por pertencerem ao domínio particular, conforme prevê o Código de Águas. As ilhas fluviais e lacustres de zonas de fronteira, ilhas oceânicas ou costeiras pertencem à União, aos Municípios (art. 20, inc. IV, da CF/1988) ou aos Estados Federados (art. 26, incs. II e III, da CF/1988).

De toda sorte, há quem pense de maneira contrária, sobretudo entre os doutrinadores do Direito Administrativo (por todos: DI PIETRO, Maria Silvia Zanella. *Direito*..., 25. ed., 2012, p. 785). Isso porque, para tal corrente não existiriam mais, sob a égide da CF/1988 e da Lei 9.433/1997, *águas particulares* e, portanto, rios particulares, o que impossibilitaria a concepção de ilhas particulares. Conforme se extrai da última norma, a água é concebida como um bem do domínio público (art. 1.º, inc. I).

Apesar dessa visão, os civilistas concluem pela permanência da classificação dos rios em navegáveis (públicos) e não navegáveis (privados), merecendo análise as regras previstas na codificação privada a respeito das lhas (ver: MALUF, Carlos Alberto Dabus. *Código Civil*..., 8. ed., 2012, p. 1.359; DINIZ, Maria Helena. *Código Civil*..., 15. ed., 2010, p. 874; TEPEDINO, Gustavo; MORAES, Maria Celina Bodin de; BARBOZA, Heloísa Helena. *Código Civil*..., 2011, v. III; VENOSA, Sílvio de Salvo. *Código Civil*..., 2010, p. 1.126-1.127).

Saliente-se que o art. 20, inc. IV, da Constituição Federal foi recentemente alterado pela Emenda Constitucional 46, do ano de 2005. Anteriormente, as ilhas eram somente bens da União quando houvesse interesse público; atualmente podem constituir bens do Município. A atual redação do dispositivo constitucional em comento estabelece que são bens da União “as ilhas fluviais e lacustres nas zonas limítrofes com outros países; as praias marítimas; as ilhas oceânicas e as costeiras, excluídas, destas, as que contenham a sede de Municípios, exceto aquelas áreas afetadas ao serviço

público e a unidade ambiental federal, e as referidas no art. 26, II".

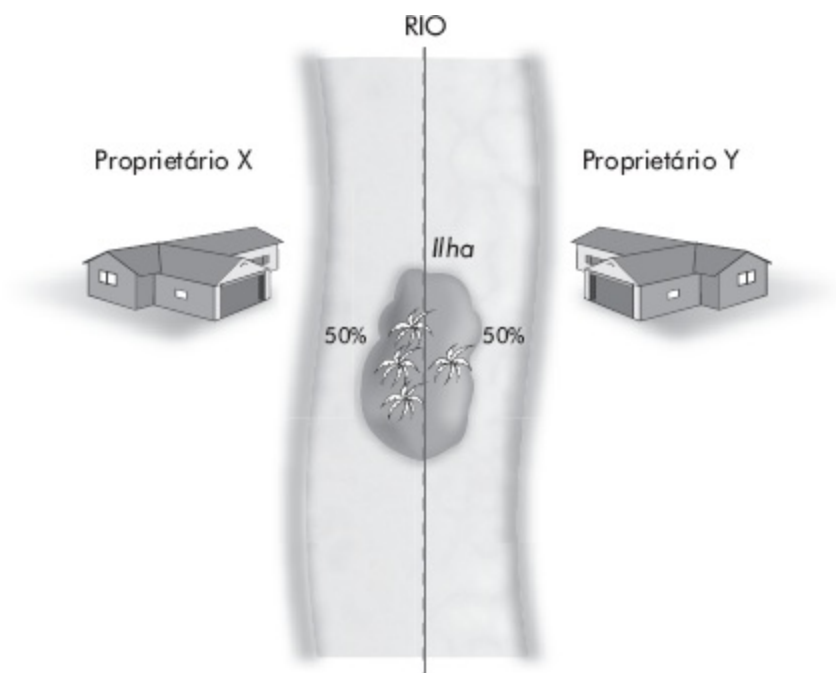
A despeito das ilhas que se formaram em correntes comuns ou particulares, estas pertencem aos proprietários ribeirinhos fronteiros, interessando ao Direito Privado e devendo ser observadas as seguintes regras, nos termos do art. 1.249 do CC/2002:

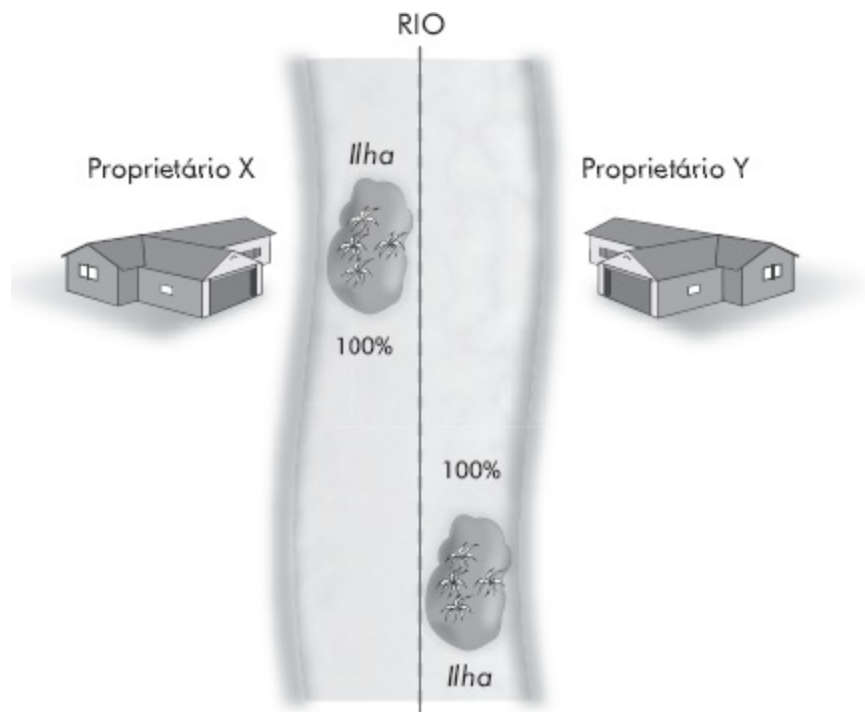
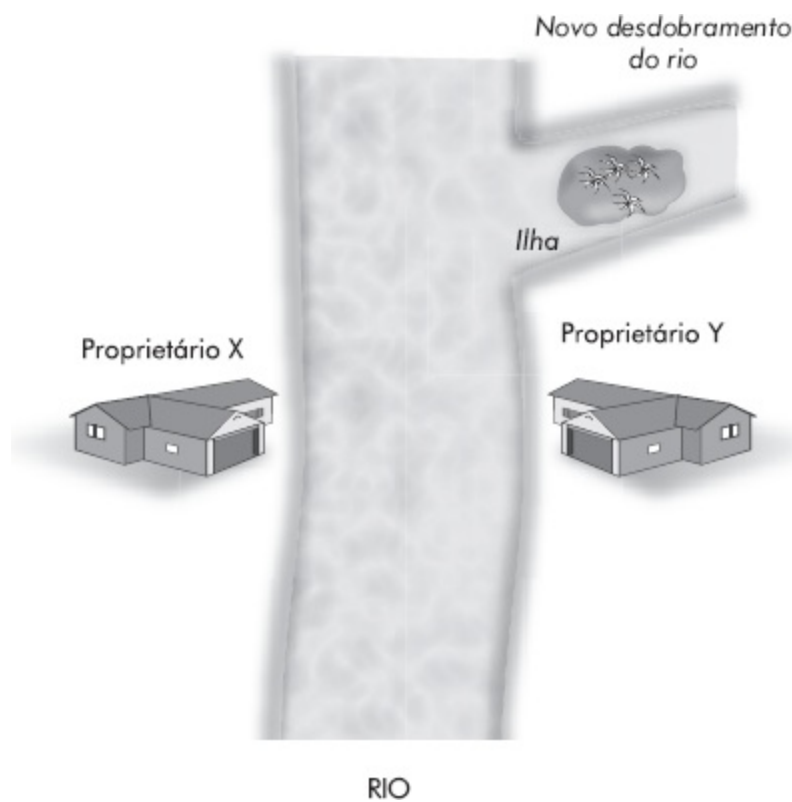
1.ª *Regra. As ilhas que se formarem no meio do rio consideram-se acréscimos sobrevindos aos terrenos ribeirinhos fronteiros de ambas as margens, na proporção de suas testadas, até a linha que dividir o álveo em duas partes iguais.*

2.ª *Regra. As ilhas que se formarem entre a referida linha e uma das margens consideram-se acréscimos aos terrenos ribeirinhos fronteiros desse mesmo lado.*

3.ª *Regra. As ilhas que se formarem pelo desdobramento de um novo braço do rio continuam a pertencer aos proprietários dos terrenos à custa dos quais se constituírem.*

As regras constam no mesmo sentido dos arts. 24 e 25 do Código de Águas e podem gerar confusão, merecendo uma análise gráfica e esquematizada, como faz a doutrinadora anteriormente citada (DINIZ, Maria Helena. *Curso*..., 2007, v. 4, p. 139-140).

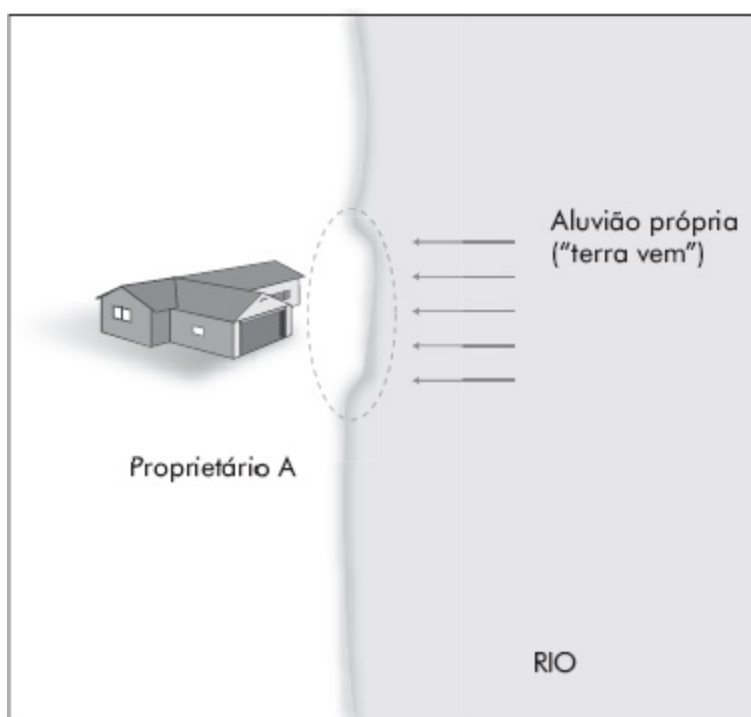
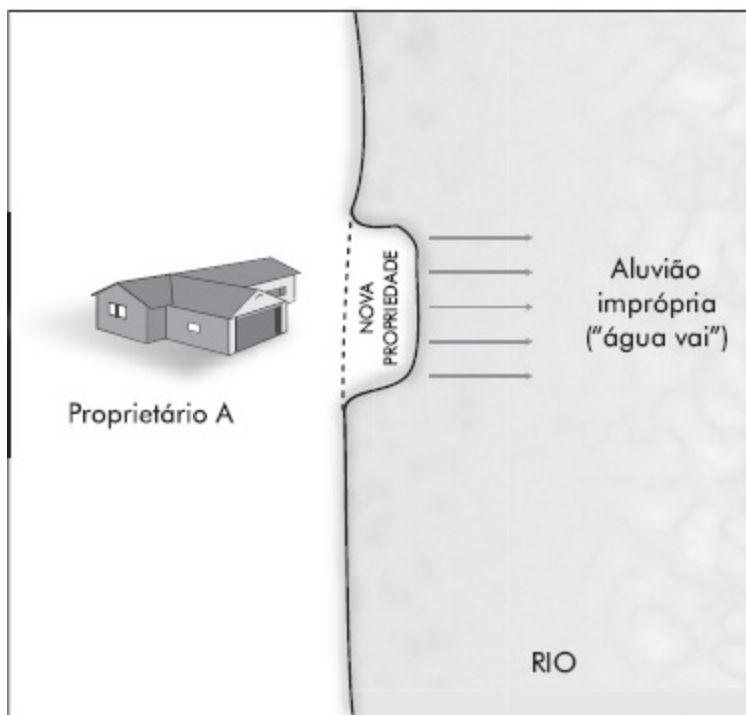
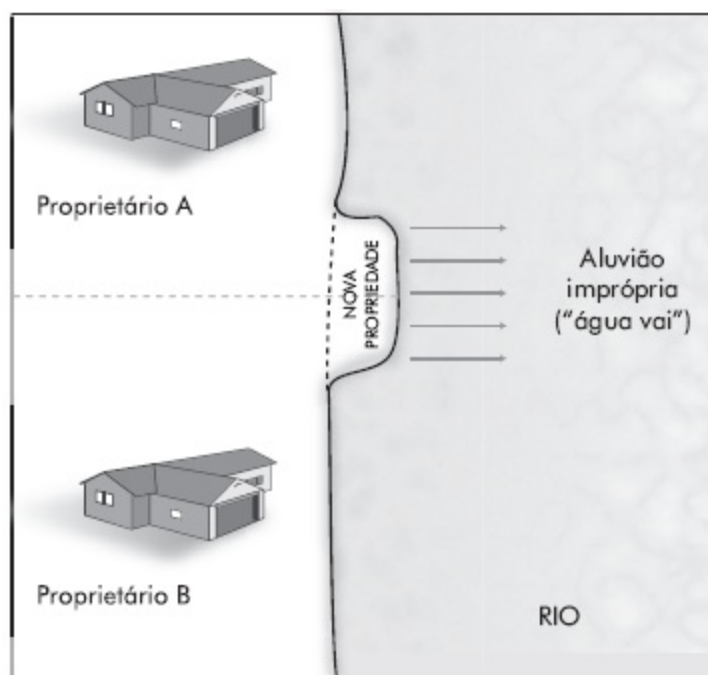
Quanto à primeira regra, prevista no art. 1.249, inc. I, do CC/2002, imagine-se o caso em que dois proprietários, a seguir expostos, são donos de duas propriedades ribeirinhas, lindeiras a um rio.

No caso acima, percebe-se que a ilha foi formada bem no meio do rio. Para tal constatação, foi traçado um *meridiano* no meio da formação de água ou álveo. Assim, a propriedade da ilha será metade de *X* e metade de *Y*.

Em continuidade, a segunda regra (art. 1.249, inc. II, do CC) determina que se a ilha se formar do lado esquerdo do meridiano, será de propriedade de *X*. Se a ilha surgir do lado direito do meridiano, será de *Y*. Esquematizando:

Por fim, a ilha pode ser formada diante do desdobramento de um braço de rio, ou seja, diante de um novo curso de água que se abre (terceira regra, prevista no art. 1.249, inc. III, do CC). Se isso ocorrer, a ilha pertencerá ao proprietário que margeia esse novo desdobramento, ou seja, será daquele que tem a propriedade do terreno à custa do qual o novo braço se constituiu. O desenho a seguir demonstra muito bem porque a propriedade da ilha será de Y.

3.7.1.2 Da aluvião

Expressa o *caput* do art. 1.250 do CC/2002 que “Os acréscimos formados, sucessiva e imperceptivelmente, por depósitos e aterros naturais ao longo das margens das correntes, ou pelo

desvio das águas destas, pertencem aos donos dos terrenos marginais, sem indenização". Em complemento, enuncia o seu parágrafo único que "O terreno aluvial, que se formar em frente de prédios de proprietários diferentes, dividir-se-á entre eles, na proporção da testada de cada um sobre a antiga margem". O Código Civil trata de duas modalidades de aluvião, conforme por igual consta dos arts. 17 e 18 do Código de Águas.

Primeiramente, há o acréscimo paulatino de terras às margens de um curso de água, de forma lenta e imperceptível; depósitos naturais ou desvios das águas. A norma está a prever que esses acréscimos pertencem aos donos dos terrenos marginais, seguindo a regra de que o acessório segue o principal. O instituto é a *aluvião própria*, em que a *terra vem*.

A título ilustrativo, imagine-se o caso em que *A* tem um rancho à beira de um rio, destinado às suas pescarias. Aos poucos a sua propriedade vai aumentando, pois um movimento de águas traz terra para a sua margem. O desenho a seguir demonstra essa aquisição originária da propriedade:

Mas, além da *aluvião própria* (arts. 1.250, *caput*, do CC, e 17 do Código de Águas), há ainda a *aluvião imprópria* (arts. 1.250, parágrafo único, do CC, e 18 do Código de Águas). As partes descobertas pelo afastamento das águas de um curso são assim denominadas, hipótese em que a *água vai*, ou seja, *do rio que vai embora*. A situação agora muda: *A* percebe que adquiriu propriedade, pois o rio que fazia frente ao seu rancho recuou. Assim, ele tem um espaço maior para construir um palanque destinado às suas pescarias. Vejamos o desenho.

Vale dizer que a norma do art. 18 do Código de Águas é até mais específica, pois, conforme esse dispositivo, quando a *aluvião imprópria* se formar em frente a prédios pertencentes a proprietários diversos, far-se-á a divisão entre eles, em proporção a testada que cada um dos prédios apresentava sobre a antiga margem. O gráfico a seguir esclarece essa divisão no caso de aluvião imprópria.

3.7.1.3 Da avulsão

Estabelece o art. 1.251, *caput*, do CC/2002 que quando, por força natural violenta, uma porção de terra se destacar de um prédio e se juntar a outro, o dono deste adquirirá a propriedade do acréscimo, se indenizar o dono do primeiro ou, sem indenização, se, em um ano, ninguém houver reclamado. Em sentido muito próximo, o art. 19 do Código de Águas preceitua que se verifica a avulsão quando a força súbita da corrente de água arrancar uma parte considerável de um prédio,

levando-a para um outro prédio. O desenho a seguir demonstra que a *avulsão* é uma faixa de terra *avulsa*, que se desloca de um terreno, por força natural de corrente, para se juntar a outro:

Pelo que consta da norma, verifica-se que *A ganhou* propriedade, enquanto *B* perdeu parte de sua faixa de terra ribeirinha. O que está a enunciar o *caput* do art. 1.251 do CC/2002 é que *B* poderá pleitear valores indenizatórios, no prazo decadencial de um ano, a contar da sua ocorrência. Tecnicamente, é de se criticar essa previsão de prazo. Isso porque a demanda está mais próxima de uma pretensão, ou seja, de um direito subjetivo e de um prazo prescricional (critério científico de Agnelo Amorim Filho, *RT* 300/7 e 744/725).

Complementando, dispõe o parágrafo único do art. 1.251 do CC que se recusando ao pagamento de indenização, o dono do prédio a que se juntou a porção de terra deverá concordar que se remova a parte acrescida. Essa é igualmente a lógica constante do art. 20 do Código de Águas, pelo qual "O dono daquele poderá reclamá-lo ao deste, a quem é permitido optar, ou pelo consentimento na remoção da mesma, ou pela indenização ao reclamante".

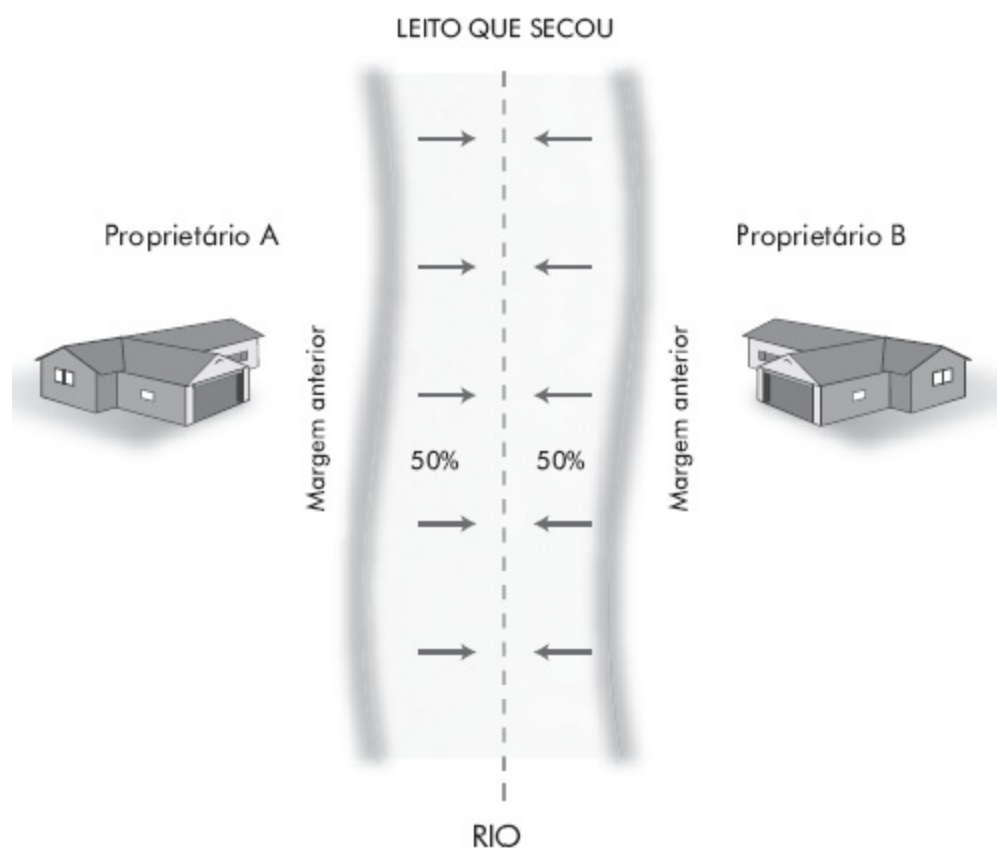
Note-se, pelas normas, que a regra é a indenização e não sendo esta paga por quem a deve, caberá uma ação de obrigação de fazer, inclusive com as medidas de tutela específica, previstas no art. 461 do CPC, caso da multa ou *astreintes*. A estipulação da indenização mantém íntima relação com a vedação do enriquecimento sem causa, nos termos dos arts. 884 a 886 do Código Civil Brasileiro.

Tudo isso, no caso da *avulsão* decorrente de força natural. Mas se esta se der por força humana artificial, o art. 21 do Código de Águas manda aplicar as regras da *invenção* ou *descoberta*, que serão oportunamente estudadas.

3.7.1.4 Do álveo abandonado

Expressa o art. 9.º do Código de Águas que o álveo é a superfície que as águas cobrem sem transbordar para o solo natural e ordinariamente enxuto. Em outras palavras, o álveo abandonado vem a ser o rio ou a corrente de água que seca; *o rio que desaparece*.

No que concerne à aquisição da propriedade, determina o art. 1.252 do CC/2002 que o álveo abandonado de corrente pertence aos proprietários ribeirinhos das duas margens, sem que tenham indenização os donos dos terrenos por onde as águas abrirem novo curso, entendendo-se que os prédios marginais se estendem até o meio do álveo. Essa ainda é a regra, em sentido muito próximo, do art. 26 do Código de Águas.

O raciocínio, como se nota, é o mesmo da formação de ilhas: é preciso traçar um meridiano no rio, verificando-se quais as distâncias das margens, estudo que interessa mais à engenharia do que ao Direito. A partir desse estudo será possível verificar quais as proporções ou percentuais das propriedades adquiridas. O desenho a seguir explica a conclusão:

No caso exposto, a distribuição deve ser igual entre *A* e B, já que a distância de suas margens ao centro do rio é a mesma, ou seja, cinquenta metros. Além desse caso de *abandono total de álveo*, ele também pode ser *parcial*.

Mas, e se houver um abandono parcial do álveo e o rio voltar ao seu leito normal? A dúvida é esclarecida pelo parágrafo único do art. 26 do Código de Águas, pelo qual retornando o rio ao seu antigo leito, o abandonado volta aos seus antigos donos, salvo a hipótese do art. 27 da mesma lei, a não ser que esses donos indenizem ao Estado. Esse último dispositivo citado estabelece que se a mudança da corrente se fez por utilidade pública, o prédio ocupado pelo novo álveo deve ser indenizado; e o álveo abandonado passa a pertencer ao expropriante para que se compense da despesa feita.

3.7.1.5 Das plantações e das construções

Além das acessões naturais, o Código Civil de 2002 consagra, como formas de aquisição originária da propriedade imóvel, as acessões artificiais, que decorrem de atuação humana relativa às plantações e às construções (arts. 1.253 a 1.259).

A título de exemplo, podem ser mencionados os casos do proprietário que constrói uma ponte em sua fazenda, sobre um córrego; e de uma plantação de cana-de-açúcar realizada nessa mesma propriedade. A regra básica relativa às acessões artificiais é aquela que consta do art. 1.253, *in verbis*: "Toda construção ou plantação existente em um terreno presume-se feita pelo proprietário e à sua custa, até que se prove o contrário". Constata-se que as construções e plantações têm natureza acessória, uma vez que constituem bens imóveis por acessão física artificial, nos termos do art. 79 do CC/2002. Por isso é que seguem a sorte do principal, particularmente quanto à propriedade (*princípio da gravitação jurídica*).

De qualquer forma, deve-se entender, por razões óbvias, que a presunção prevista no art. 1.253 do Código Civil é relativa, *iuris tantum*, admitindo prova e até previsão em contrário, podendo haver um destino diverso das construções e plantações realizadas em um bem. Relativamente à previsão em contrário, concretizando, esta pode ocorrer no direito real de superfície.

Do mesmo modo, a previsão em contrário pode decorrer do chamado *direito sobre a laje*, conforme reconhece enunciado aprovado pelos juízes das Varas de Família da Comarca de Salvador, Bahia, *in verbis*: "Nos termos do regime de bens aplicável, admite-se, em nível obrigacional, a comunicabilidade do direito sobre a construção realizada no curso do casamento ou da união estável – acessão artificial socialmente conhecida como 'direito sobre a laje' –, subordinando-se, todavia, a eficácia real da partilha ao regular registro no Cartório de Imóveis, a cargo das próprias partes, mediante recolhimento dos emolumentos e tributos devidos".

A proposta de enunciado naquele Tribunal Estadual foi elaborada pelo jurista e magistrado local Pablo Stolze Gagliano, sendo interessante transcrever suas justificativas de aprovação:

> "Em direitos reais, há uma diferença técnica entre benfeitoria e acessão. A benfeitoria é uma espécie de bem acessório; é sempre artificial. Não existe benfeitoria natural; é sempre uma obra, realizada pelo homem, na estrutura de uma coisa, com o intuito de melhorá-la, conservá-la ou modificá-la. Acessão é um modo de adquirir propriedade, aumentando o volume da coisa principal. A 'laje', portanto, não é benfeitoria; é uma construção, é uma acessão artificial. A dificuldade se apresenta quando o bem a partilhar não possui registro imobiliário ou o registro está desatualizado, ou seja, não está em nome do cônjuge, mas de proprietário anterior. Nesse caso, a sentença não constitui título dominial, mas apenas soluciona a questão no âmbito do direito obrigacional; o juiz da Vara de Família, portanto, ao homologar o acordo, o faz em nível obrigacional. As partes terão, pois, um título obrigacional devidamente homologado, que, por sua vez, somente terá eficácia dominial, após a devida regularização do registro. (...). O enunciado, pois, como aprovado, soluciona a questão *em nível obrigacional*, conferindo às partes *um título executivo de obrigação de fazer*, sem prejudicar uma eventual discussão em nível dominial, que, como dito, escapa da alçada do Juízo de Família".

Superada essa regra geral e tal interessante decorrência, as construções e plantações envolvem previsões específicas, retiradas dos dispositivos seguintes, e que merecem aprofundamentos com as correspondentes exemplificações. Muitas dessas regras têm como fundamento a vedação do enriquecimento sem causa, constante entre os arts. 884 e 886 do CC/2002.

1.ª Regra. Aquele que semeia, planta ou edifica em terreno próprio com sementes, plantas ou materiais alheios, adquire a propriedade destes; mas fica obrigado a pagar-lhes o valor, além de

responder por perdas e danos, se agiu de má-fé (art. 1.254 do CC).

Essa primeira regra também mantém sintonia com o *princípio da gravitação*, pelo qual o acessório segue o principal (*acessorium sequitur principale*). Imagine-se o seguinte exemplo: alguém está guardando, por ato de amizade, cimento de um parente em sua fazenda. Certo dia, essa pessoa utiliza o cimento e constrói um galpão na propriedade. No caso em questão, o fazendeiro terá a propriedade do que foi construído, mas por óbvio terá que pagar ao amigo o cimento; sem prejuízo de outros danos, pois claramente agiu de má-fé. O fazendeiro sabia perfeitamente que o cimento não era seu, havendo desrespeito à boa-fé subjetiva (art. 1.201 do CC), surgindo daí a responsabilidade civil, pois a má-fé induz à culpa.

2.ª Regra. Aquele que semeia, planta ou edifica em terreno alheio perde, em proveito do proprietário, as sementes, plantas e construções; se procedeu de boa-fé, terá direito a indenização. Se a construção ou a plantação exceder consideravelmente o valor do terreno, aquele que, de boa-fé, plantou ou edificou, adquirirá a propriedade do solo, mediante pagamento da indenização fixada judicialmente, se não houver acordo (art. 1.255 do CC, caput *e parágrafo único*).

Do dispositivo podem ser retiradas duas situações.

De início, pense-se o caso em que alguém está ocupando a casa de um parente que está viajando para o exterior por um ano. Aproveitando a ausência do familiar, essa pessoa constrói, com material próprio, uma piscina no fundo da casa. O ocupante não terá qualquer direito, pois agiu de má-fé, eis que sabia que a propriedade não seria sua. Se agiu de boa-fé na construção, como no caso de algo que visava a proteger o imóvel de uma destruição, terá direito à indenização.

Por outra via, se realizada de boa-fé e a construção (ou mesmo a eventual plantação) tiver valor superior ao do imóvel, aquele que construiu ou plantou adquirirá a propriedade do último, tendo apenas que pagar uma indenização a ser fixada judicialmente, se não houver acordo entre as partes (art. 1.255, parágrafo único, do CC). Esse último dispositivo, novidade no atual Código Civil, acaba por considerar como principal a plantação ou construção, fazendo com que o terreno o acompanhe, consagração do que se denomina como *acessão inversa ou invertida*, o que está de acordo com o princípio da função social da propriedade (MELO, Marco Aurélio Bezerra de. *Direito*..., 2007, p. 145-147).

Em certo sentido, o comando também consagra uma forma de desapropriação ou expropriação no interesse privado, como faz o art. 1.228, §§ 4.º e 5.º, do CC/2002, o que é perfeitamente possível diante da boa-fé do construtor ou plantador. Por isso é que há previsão do pagamento de uma indenização.

3.ª Regra. Se de ambas as partes houve má-fé, adquirirá o proprietário as sementes, plantas e construções, devendo ressarcir o valor das acessões. Presume-se má-fé do proprietário quando o trabalho de construção, ou lavoura, se fez em sua presença e sem impugnação sua (art. 1.256 do CC, caput *e parágrafo único*).

Para exemplificar, imagine-se a situação em que o proprietário de um imóvel deixa que alguém construa uma piscina com os seus materiais, nos fundos da casa, pensando o último que por isso poderá adquirir o domínio do bem principal. No caso descrito, há uma má-fé recíproca ou bilateral,

pois ambos pretendem o enriquecimento sem causa. A conclusão é que o proprietário da casa ficará com a piscina, mas deverá indenizar o outro pelos valores gastos com a sua construção.

O dispositivo mantém uma relação direta com o art. 150 do CC/2002, pelo qual, havendo dolo recíproco ou bilateral, nenhuma das partes poderá alegá-lo. Nos dois casos, pode-se dizer que opera uma espécie de compensação, dos dolos e da má-fé de ambos.

O parágrafo único do art. 1.256 da codificação traz ainda uma presunção relativa de má-fé, quando a construção ou a plantação foi feita na presença do proprietário do imóvel e sem qualquer impugnação. Deve-se entender que a presunção é *iuris tantum*, pois pode estar presente uma situação de vício do consentimento do proprietário, como nas hipóteses de dolo ou de coação daquele que construiu ou plantou.

4.ª Regra. Se a construção, feita parcialmente em solo próprio, invade solo alheio em proporção não superior à vigésima parte deste, adquire o construtor de boa-fé a propriedade da parte do solo invadido, se o valor da construção exceder o dessa parte, e responde por indenização que represente, também, o valor da área perdida e a desvalorização da área remanescente (art. 1.258, caput, *do CC*).

É o caso de alguém que constrói em sua propriedade uma churrasqueira com cobertura, que vem a invadir o terreno alheio em percentual não superior a 5% deste (um vigésimo ou 1/20 avos). Se a construção foi feita de boa-fé, ou seja, se o construtor não sabe da invasão, poderá adquirir a parte invadida, desde que a construção exceda o que se invadiu. Todavia, o construtor deverá indenizar o vizinho pela área que o último perdeu e por eventual desvalorização do imóvel restante, se for o caso. Obviamente, nos termos do art. 402 do CC/2002 e do art. 333, inc. I, do CPC, tais danos materiais devem ser provados por quem os alega, não se ressarcindo os danos hipotéticos ou eventuais.

5.ª Regra. Pagando em décuplo as perdas e danos previstos no artigo 1.259, o construtor de má-fé adquire a propriedade da parte do solo que invadiu, se em proporção à vigésima parte deste e se o valor da construção exceder consideravelmente o dessa parte e não se puder demolir a porção invasora sem grave prejuízo para a construção (art. 1.258, parágrafo único, do CC).

Sobre essa previsão, novidade na atual codificação, observa Carlos Alberto Dabus Maluf que o artigo representa uma grande inovação, eis que "prevê a indenização quando ocorre a construção em pequena parte do terreno vizinho, sendo maior a indenização na hipótese de má-fé". Para o mesmo doutrinador, "o dispositivo pretende resolver os conflitos surgidos nos grandes centros urbanos onde, não raro, é frequente a invasão de pequena parte do terreno do vizinho pelo construtor. Fere o bom senso mandar derrubar toda uma construção, às vezes envolvendo um prédio de até vinte andares, atingindo adquirentes de boa-fé" (MALUF, Carlos Alberto Dabus. *Novo Código Civil...*, 2002, p. 1.120).

A partir dessas palavras, o comando legal está a prever o pagamento de dez vezes as perdas e danos mencionados no art. 1.259 do CC/2002 ao proprietário do imóvel invadido – que incluem o valor que a invasão acresceu à construção, a área perdida e o correspondente à desvalorização do remanescente –, por parte do invasor de má-fé. Isso se o percentual da invasão for de 5% da área total invadida.

Sendo indenizado aquele que perdeu parte do bem, o construtor adquire a propriedade do que se invadiu, desde que não seja possível a demolição da parte invasora e sem que haja prejuízo à construção. Realmente, a norma é bem complicada, particularmente pela raridade de uma invasão de exatos 5%. Concluindo, até se pode duvidar de sua aplicação prática.

Por fim, na *IV Jornada de Direito Civil* foi aprovado o Enunciado n. 318 CJF/STJ em relação ao comando em comento, prevendo que "O direito à aquisição da propriedade do solo em favor do construtor de má-fé (art. 1.258, parágrafo único) somente é viável quando, além dos requisitos explícitos previstos em lei, houver necessidade de proteger terceiros de boa-fé".

6.ª Regra. Se o construtor estiver de boa-fé, e a invasão do solo alheio exceder a vigésima parte deste, adquire a propriedade da parte do solo invadido, e responde por perdas e danos que abranjam o valor que a invasão acrescer à construção, mais o da área perdida e o da desvalorização da área remanescente. Se o construtor estiver de má-fé, será obrigado a demolir o que nele construiu, pagando as perdas e danos apurados, que serão devidos em dobro (art. 1.259 do CC).

O dispositivo complementa o comando anterior, constituindo outra novidade. A regra está relacionada com uma invasão por construtor superior a 5%, ou melhor, um vigésimo.

Em uma primeira situação, se a invasão superior a um vigésimo for de boa-fé, o construtor invasor adquire a propriedade do que foi invadido, mas responde pelas perdas e danos correspondentes ao valor que a invasão acrescer à sua construção, ao valor da área perdida e ao correspondente à desvalorização da área remanescente. Todos esses danos materiais, conforme outrora comentado, devem ser provados por quem os alega, nos termos do art. 402 da Lei Geral Privada e do art. 333, inc. I, do CPC.

A primeira parte da norma é curiosa, justamente pela menção à boa-fé. Isso porque fica difícil acreditar que uma invasão substancial ou considerável seja realmente guiada pela boa-fé, seja ela subjetiva ou objetiva. Talvez por isso é que o comando legal traz a previsão das perdas e danos, geralmente decorrentes de um ato de má-fé, que acaba por trazer a indução da culpa. De qualquer forma, há certa contradição no conteúdo do artigo.

Em complemento, o dispositivo determina que, se a invasão superior a um vigésimo ou 5% tiver sido de má-fé, o proprietário do imóvel invadido poderá requerer a sua demolição, sendo cabível, do ponto de vista processual, a ação demolitória. Além disso, poderá pedir as perdas e danos mencionados, em dobro. A prova da existência dos prejuízos já gera a sua incidência em dobro, havendo no dispositivo a consagração do caráter punitivo da responsabilidade civil (*punitives damages*).

3.7.2 Da usucapião de bens imóveis

3.7.2.1 Aspectos materiais envolvendo a usucapião de bens imóveis. As modalidades de usucapião de imóvel admitidas pelo direito brasileiro

Ao discorrer sobra a usucapião, Caio Mário da Silva Pereira remonta a notória distinção entre a *prescrição extintiva* (tratada na Parte Geral do Código Civil) e a *prescrição aquisitiva*

(referenciada na Parte Especial, entre as formas de aquisição da propriedade), apesar de não lhe agradar, cientificamente, essa divisão (*Instituições*..., 2004, v. IV, p. 137). Logo em seguida, o doutrinador conceitua a usucapião como sendo “a aquisição da propriedade ou outro direito real pelo decurso do tempo estabelecido e com a observância dos requisitos instituídos em lei” (*Instituições*..., 2004, v. IV, p. 138). Lembra o jurista, ainda, que a expressão vem do latim, *usucapio*, significando tomar pelo uso, adquirir pelo uso.

Desse modo, a usucapião constitui uma situação de aquisição do domínio, ou mesmo de outro direito real (caso do usufruto ou da servidão), pela posse prolongada, permitindo a lei que uma determinada situação de fato alongada por certo intervalo de tempo se transforme em uma situação jurídica: a aquisição originária da propriedade (RIBEIRO, Benedito Silvério. *Tratado*..., 2006, p. 169-172). Pode-se afirmar que a usucapião garante a estabilidade da propriedade, fixando um prazo, além do qual não se pode mais levantar dúvidas a respeito de ausência ou vícios do título de posse. De certo modo, a função social da propriedade acaba sendo atendida por meio da usucapião.

Quanto à grafia, é interessante notar que o Código Civil de 2002 utiliza o gênero feminino (*a usucapião*), enquanto que o Código Civil de 1916 a previa de forma masculina (*o usucapião*). Em verdade, à luz do princípio da operabilidade, no sentido de facilitação do Direito Privado, tanto faz utilizar a expressão de uma ou outra forma. Havendo insistência para a escolha entre as duas opções, é melhor fazer uso do feminino, pois assim consta do atual Código Civil, no Estatuto da Cidade (Lei 10.257/2001) e na Lei da Usucapião Agrária (Lei 6.969/1981). A escolha, portanto, é pela atualidade legislativa, como foi a opção desta obra.

De qualquer forma, é de se destacar o louvável trabalho do Desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo, Benedito Silvério Ribeiro, na pesquisa do uso das duas expressões. Aponta o doutrinador que utilizam a expressão no feminino: Ihering, Carnelutti, Lacerda de Almeida, Lafayette, Joaquim Ribas, Carvalho de Mendonça, José de Oliveira Ascensão, Orlando Gomes, Pontes de Miranda, Maria Helena Diniz, Sílvio Rodrigues e Luiz Edson Fachin.

Por outro lado, preferem o termo no masculino: Carvalho Santos, Washington de Barros Monteiro, Serpa Lopes, Pedro Nunes, Clóvis do Couto e Silva, Pinto Ferreira, Sílvio de Salvo Venosa, Rubens Limongi França, Jorge Americano, José Carlos de Moraes Salles, Carpenter, Ruy Barbosa e Caio Mário da Silva Pereira (RIBEIRO, Benedito Silvério. *Tratado*..., 2006, v. 1, p. 175).

Superadas essas questões conceituais, é interessante verificar que a *posse ad usucapionem* ou *usucapível*, como outrora exposto, apresenta características próprias que devem ser estudadas de forma aprofundada.

De início, anote-se que não induzem a essa posse, com vistas à usucapião, os atos de mera tolerância. Dessa forma, não é possível alegar usucapião na vigência de um contrato em que a posse é transmitida, caso da locação e do comodato, por exemplo. A questão da mera tolerância acaba por gerar polêmicas quanto à possibilidade de se usucapir um bem em condomínio, particularmente nos casos envolvendo herdeiros.

Em relação ao condomínio, várias são as decisões apontando que, havendo tolerância de uso por parte dos demais condôminos, não há que se falar em usucapião, mas somente nos casos de posse própria. Nesse sentido, pode ser destacado o julgado do Superior Tribunal de Justiça, datado do ano de 1993:

"Usucapião – Condomínio. 1. Pode o condômino usucapir, desde que exerça posse própria sobre o imóvel, posse exclusiva. Caso, porém, em que o condomínio exercia a posse em nome dos demais condôminos. Improcedência da ação (Código Civil, arts. 487 e 640). 2. Espécie em que não se aplica o art. 1.772, § 2.º, do CC. 3. Recurso especial não conhecido" (STJ – REsp 10.978/RJ – Rel. Min. Nilson Naves – 3.ª Turma – j. 25.05.1993 – *DJ* 09.08.1993, p. 15.228).

Mas do ano de 1999, cite-se uma decisão do Superior Tribunal de Justiça no mínimo inovadora, cujo relator foi o então Ministro Ruy Rosado de Aguiar. Aplicando a boa-fé objetiva, particularmente a *supressio*, que é a perda de um direito ou de uma posição jurídica pelo seu não exercício no tempo, o julgado possibilitou, de forma indireta, a usucapião de uma área comum em um condomínio edilício – parte do corredor que dava acesso a alguns apartamentos. Essa foi a conclusão, mesmo havendo, aparentemente, um ato de mera tolerância por parte do condomínio:

"Condomínio – Área comum – Prescrição – Boa-fé – Área destinada a corredor, que perdeu sua finalidade com a alteração do projeto e veio a ser ocupada com exclusividade por alguns condôminos, com a concordância dos demais. Consolidada a situação há mais de vinte anos sobre área não indispensável à existência do condomínio, é de ser mantido o *status quo*. Aplicação do princípio da boa-fé (*supressio*). Recurso conhecido e provido" (STJ – REsp 214.680/SP – Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar – 4.ª Turma – j. 10.08.1999 – *DJ* 16.11.1999, p. 214).

Eis aqui mais um exemplo de aplicação da boa-fé objetiva aos institutos de Direito das Coisas. Entendeu-se que o não exercício da propriedade por vinte anos afastou o direito de o condomínio pleitear a coisa de volta. Indiretamente, acabou-se por reconhecer a usucapião em favor daqueles que detinham o bem, pois a eles foi destinada a posse permanente dessa parte do corredor de acesso aos apartamentos.

Maria Helena Diniz sintetiza muito bem a polêmica a respeito da possibilidade de usucapião no condomínio. Diz a doutrinadora:

"Entendem a doutrina e a jurisprudência que é impossível a aquisição por usucapião contra os outros condôminos, enquanto subsistir o estado de indivisão (*RJTJSP* 52:187, 45:184; *JTJ* 152:209; *RT* 495:213, 547:84, 530:179), pois não pode haver usucapião de área incerta. Para que se torne possível a um condômino usucapir contra os demais, necessário seria de sua parte um comportamento de proprietário exclusivo (*RT* 427:82), ou a inversão de sua posse, abrangendo o todo e não apenas uma parte (RT 576:113; *RJTJESP* 62:197), ou seja, o condômino para pretender a usucapião deverá ter sobre o todo posse exclusiva, cessando o estado de comunhão" (*Curso*..., 2007, v. 4, p. 159).

Em relação à usucapião em favor de um herdeiro contra o outro, o raciocínio deve ser o mesmo. Isso porque a herança é um bem imóvel e indivisível antes da partilha, o que decorre do princípio *saisine*, havendo um condomínio entre os herdeiros até o momento da divisão.

O art. 69 do Código Civil de 1916 tratava das *coisas fora do comércio*, abrangendo aquelas que eram insuscetíveis de apropriação e as legalmente inalienáveis. Diante desse tratamento anterior, era comum a afirmação de que tais coisas não poderiam ser usucapidas, caso do ar, da luz solar e dos bens públicos. A afirmação ainda procede em parte, sendo necessário atualizar o conceito de *coisas fora do comércio*, para *bens inalienáveis*, nos termos da segunda parte do art. 86 do Código Civil de 2002, que trata da *consuntibilidade jurídica*, ou seja, da classificação dos bens quanto à possibilidade ou não de alienação.

Por esse tratamento legislativo, a posse *ad usucapionem* somente será viável se incidir sobre determinados bens. A despeito dos bens gravados com cláusula de inalienabilidade, há quem entenda pela possibilidade de usucapião, pois sendo o instituto uma forma de aquisição originária, não há

qualquer relação jurídica com o proprietário anterior (MELO, Marco Aurélio Bezerra de. *Direito*..., 2007, p. 109).

Conforme restou evidenciado, *a posse ad usucapionem ou usucapível* é uma *posse especial*, que apresenta as seguintes características principais:

a) *Posse com intenção de dono (animus domini*) – Como exaustivamente demonstrado, a posse *ad usucapionem* deve ter como conteúdo a intenção psíquica do usucapiente de se transformar em dono da coisa. Entra em cena o conceito de posse de SAVIGNY, que tem como conteúdo o *corpus* (domínio fático) e o *animus domini* (intenção de dono). Essa intenção de dono não está presente, pelo menos em regra, em casos envolvendo vigência de contratos, como nas hipóteses de locação, comodato e depósito. Ilustrando e concluindo pela não caracterização da intenção de dono, destaca-se o seguinte julgado: "Ação reivindicatória – Alegação defensiva de usucapião – Testemunhas contraditadas a que se deu a valoração adequada – Comodato caracterizado – Legatário que sempre residiu no local, até sua morte – Cessão graciosa de um imóvel nos fundos da casa em que residia – Ausência do 'animus domini' pelo ocupante da edícula – Indenização devida a partir do trânsito em julgado – Razoabilidade jurídica – Recurso parcialmente provido" (TJSP – Apelação com Revisão 135.688-4 – São Paulo – 8.ª Câmara de Direito Privado – Rel. Nivaldo Balzano – 17.03.2003 – v.u.).

b) *Posse mansa e pacífica* – É a posse exercida sem qualquer manifestação em contrário de quem tenha legítimo interesse, ou seja, sem a oposição do proprietário do bem. Se em algum momento houver contestação dessa posse pelo proprietário, desaparece o requisito da mansidão e, assim, a posse *ad usucapionem.*

c) *Posse contínua e duradoura, em regra, e com determinado lapso temporal* – A posse somente possibilita a usucapião se for sem intervalos, ou seja, se não houver interrupção. Contudo, como exceção a ser estudada, o art. 1.243 do CC/2002 admite a *soma de posses sucessivas* ou *accessio possessionis*. Quanto à duração, há prazos estabelecidos em lei, de acordo com a correspondente modalidade de usucapião. Cumpre destacar a aprovação de interessante enunciado na *V Jornada de Direito Civil*, estabelecendo que "O prazo, na ação de usucapião, pode ser completado no curso do processo, ressalvadas as hipóteses de má-fé processual do autor" (Enunciado n. 497).

d) *Posse justa* – A *posse usucapível* deve se apresentar sem os vícios objetivos, ou seja, sem a violência, a clandestinidade ou a precariedade. Se a situação fática for adquirida por meio de atos violentos ou clandestinos, não induzirá posse para os fins de usucapião, enquanto não cessar a violência ou a clandestinidade (art. 1.208, 2.ª parte, do CC). Se for adquirida a título precário a posse injusta jamais se convalescerá, segundo o entendimento majoritário outrora exposto.

e) *Posse de boa-fé e com justo título, em regra* – Para a usucapião ordinária, seja de bem imóvel ou móvel, a lei exige a boa-fé e o justo título (arts. 1.242 e 1.260 do CC). Para outras modalidades de usucapião, tais requisitos são até dispensáveis, como se verá mais adiante, havendo uma presunção absoluta ou *iure et de iure* de sua presença.

Analisados esses requisitos básicos para a posse *ad usucapionem*, dispõe o art. 1.243 do atual Código Civil Brasileiro que o possuidor pode, para o fim de contar o tempo exigido pelos artigos antecedentes, acrescentar à sua posse a dos seus antecessores (art. 1.207); contanto que todas sejam contínuas, pacíficas e, nos casos do art. 1.242, com justo título e de boa-fé. A primeira parte do dispositivo trata da *accessio possessionis*, que vem a ser a soma dos lapsos temporais entre os sucessores, sejam eles sucessores *inter vivos* ou *mortis causa (soma de posses*). Exemplificando, em caso de sucessão de empresas, uma pode somar a sua posse à da outra para usucapir um imóvel. Também ilustrando, um herdeiro pode continuar a posse do *de cujus* para os fins de usucapião.

Na *IV Jornada de Direito* foi aprovado um enunciado doutrinário sobre o instituto da soma de posses com os fins de usucapião, o de número 317, prevendo que "A *accessio possessionis*, de que trata o art. 1.243, primeira parte, do Código Civil, não encontra aplicabilidade relativamente aos arts. 1.239 e 1.240 do mesmo diploma legal, em face da normatividade do usucapião constitucional urbano e rural, arts. 183 e 191, respectivamente".

A conclusão da última proposição doutrinária foi a de que o instituto não se aplica para os casos de usucapião especial urbana e rural, justamente diante do tratamento específico que consta da Constituição Federal de 1988. Quanto à usucapião especial urbana, como se verá, há regra específica

da *accessio possessionis*, prevista no art. 9.º, § 3.º, da Lei 10.257/2001 (Estatuto da Cidade).

Ainda quanto à acessão temporal ou soma de posses, a jurisprudência tem entendido que o ônus da sua comprovação cabe a quem alega a usucapião. Nesse sentido, transcreve-se julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

"Apelação cível – Usucapião ordinário – Ausência de requisito da temporalidade indispensável à prescrição aquisitiva – Soma de posse – Ônus dos autores – Art. 333, I, do CPC. No caso concreto, ainda que some-se a posse anterior à posse exercida pelos autores no momento da propositura da demanda, esta não atinge o lapso temporal indispensável a usucapião. Assim, embora as partes venham exercendo a posse de boa-fé, mansa e pacífica, com *animus domini*, falta-lhes o lapso temporal indispensável à prescrição aquisitiva" (TJRS – Processo 70015858889 – Data: 23.08.2006 – Órgão julgador: Vigésima Câmara Cível – Juiz relator Glênio José Wasserstein Hekman – Origem: Comarca de Rosário do Sul).

Outro dispositivo de interesse material é o art. 1.244 do Código Civil, segundo o qual se estende ao possuidor o disposto quanto ao devedor acerca das causas que obstam, suspendem ou interrompem a prescrição, as quais também se aplicam à usucapião. Vale lembrar que na obstação ou impedimento o prazo sequer tem início; na suspensão, o prazo para e depois continua de onde parou; na interrupção, o prazo para e volta ao início, o que por regra somente pode ocorrer uma vez.

Em conclusão, devem ser aplicadas à usucapião as hipóteses previstas nos arts. 197 a 202 da codificação privada, a seguir elencadas e adaptadas ao Direito das Coisas:

– Não correrão os prazos de usucapião entre os cônjuges, na constância da sociedade conjugal. Atente-se ao fato de que a nova modalidade de usucapião urbana, para os casos de abandono do lar conjugal (art. 1.240-A do CC), constitui exceção a essa regra.
– Não haverá usucapião entre ascendentes e descendentes, durante o poder familiar, em regra, até quando o menor completar dezoito anos.
– Não correrão também os prazos entre tutelados ou curatelados e seus tutores ou curadores, durante a tutela ou curatela.
– Os prazos de usucapião não correm contra os absolutamente incapazes, tratados no art. 3.º do CC (menores de 16 anos, enfermos e doentes mentais sem discernimento para a prática dos atos da vida civil e pessoas que mesmo por causa transitória não puderem exprimir vontade).
– Os prazos não são contados contra os ausentes do País em serviço público da União, dos Estados ou dos Municípios.
– Também não contam contra os que se acharem servindo nas Forças Armadas, em tempo de guerra.
– Pendendo condição suspensiva, não se adquire um bem por usucapião. A título de exemplo, se a propriedade do bem estiver sendo discutida em sede de ação reivindicatória, não haverá início do prazo.
– Não se adquire por usucapião não estando vencido eventual prazo para a aquisição do direito.
– Não haverá contagem para o prazo de usucapião pendendo ação de evicção.
– Não se contam os prazos de usucapião quando a ação de usucapião se originar de fato que deva ser apurado no juízo criminal, não correndo a prescrição antes da respectiva sentença definitiva.
– Haverá interrupção do prazo de usucapião no caso de despacho do juiz que, mesmo incompetente, ordenar a citação, se o interessado a promover no prazo e na forma da lei processual. Essa ação em que há a citação pode ser justamente aquela em se discute o domínio da coisa.
– O prazo prescricional para a usucapião se interrompe pelo protesto judicial ou até mesmo por eventual protesto cambial, se assim se pode imaginar.
– Interromperá o prazo prescricional para a usucapião a apresentação do título de crédito em juízo de inventário ou em concurso de credores.
– Qualquer ato judicial que constitua em mora o possuidor interrompe o prazo para a usucapião.
– Por fim, por qualquer ato inequívoco, ainda que extrajudicial, que importe reconhecimento do direito alheio por parte do possuidor tem o condão de interromper o prazo para a usucapião.

Superada a análise dos seus requisitos, é o momento de apontar as modalidades de usucapião

imobiliária admitidas no Direito Privado Brasileiro.

3.7.2.1.1 Da usucapião ordinária (art. 1.242 do CC)

Dispõe o art. 1.242 do atual Código Civil que: "Adquire também a propriedade do imóvel aquele que, contínua e incontestadamente, com justo título e boa-fé, o possuir por dez anos. Parágrafo único. Será de cinco anos o prazo previsto neste artigo se o imóvel houver sido adquirido, onerosamente, com base no registro constante do respectivo cartório, cancelada posteriormente, desde que os possuidores nele tiverem estabelecido a sua moradia, ou realizado investimentos de interesse social e econômico". Pela redação transcrita, o atual Código acaba por concentrar no mesmo dispositivo duas modalidades de usucapião ordinária.

De início, no *caput* do dispositivo há previsão da *usucapião ordinária regular* ou *comum*, cujos requisitos são os seguintes:

a) Posse mansa, pacífica e ininterrupta com *animus domini* por 10 anos. O Código Civil de 2002 reduziu e unificou os prazos anteriormente previstos, que eram de 10 anos entre presentes e de 15 anos entre ausentes (art. 551 do CC de 1916).

b) Justo título.

c) Boa-fé, no caso a boa-fé subjetiva, existente no campo intencional ou psicológico (art. 1.201 do CC).

Relativamente à menção ao justo título, é fundamental a citação do Enunciado n. 86 do CJF/STJ, aprovado na *I Jornada de Direito Civil*, prevendo que a expressão abrange todo e qualquer ato jurídico hábil, em tese, a transferir a propriedade, independentemente de registro. Em outras palavras, deve ser considerado justo título para a usucapião ordinária o instrumento particular de compromisso de compra e venda, independentemente do seu registro ou não no Cartório de Registro de Imóveis. Vários são os julgados do Superior Tribunal de Justiça adotando esse entendimento, merecendo transcrição o seguinte:

> "Civil e processual – Ação reivindicatória – Alegação de usucapião – Instrumento particular de compromisso de compra e venda – Justo título – Súmula 84-STJ – Posse – Soma – Período necessário à prescrição aquisitiva atingido. I. Ainda que não passível de registro, a jurisprudência do STJ reconhece como justo título hábil a demonstrar a posse o instrumento particular de compromisso de compra e venda. Aplicação da orientação preconizada na Súmula 84. II. Se somadas as posses da vendedora com a dos adquirentes e atuais possuidores é atingido lapso superior ao necessário à prescrição aquisitiva do imóvel, improcede a ação reivindicatória do proprietário ajuizada tardiamente. III. Recurso especial conhecido e provido" (STJ – REsp 171.204/GO – Rel. Min. Aldir Passarinho Junior – 4.ª Turma – j. 26.06.2003 – *DJ* 01.03.2004, p. 186).

No tocante à citada Súmula 84 do STJ, cumpre esclarecer o seu teor, sendo a sua redação: "É admissível a oposição de embargos de terceiro fundados em alegação de posse advinda do compromisso de compra e venda de imóvel, ainda que desprovido do registro". O paralelo é interessante, uma vez que se o compromisso de compra e venda, registrado ou não, possibilita a oposição de embargos de terceiro, também caracteriza justo título para os fins de aquisição da propriedade pela posse prolongada.

Além dessa forma de usucapião prevista no *caput* do comando legal, o seu parágrafo único trata da *usucapião ordinária por posse-trabalho*. Isso porque o prazo cai para cinco anos se o imóvel houver sido adquirido, onerosamente, com base no registro constante do respectivo cartório, cancelado posteriormente, desde que os possuidores nele tiverem estabelecido a sua moradia, ou

realizado investimentos de interesse social e econômico. Em resumo, a usucapião é possível, com prazo reduzido, havendo a estudada *posse qualificada* pelo cumprimento de uma função social, em um sentido positivo.

O dispositivo, sem dúvidas, apresenta um sério problema. Isso porque traz um requisito ao lado da posse-trabalho, qual seja, a existência de um documento hábil que foi registrado e cancelado posteriormente, caso de um compromisso de compra e venda. Tal requisito gera o que se convencionou denominar como *usucapião tabular*, especialmente entre os juristas da área de registros públicos. Pela literalidade da norma, parece que tal elemento é realmente imprescindível.

Entretanto, penso o contrário, pois a *posse-trabalho* é que deve ser tida como elemento fundamental para a caracterização dessa forma de usucapião ordinária, fazendo com que o prazo caia pela metade.

Deve-se então concluir que a existência do título registrado e cancelado é até dispensável, pois o elemento é acidental, formal. A *posse-trabalho*, em realidade, é o que basta para presumir a existência da boa-fé (aqui é a boa-fé objetiva, que está no plano da conduta) e do justo título. Essa parece ser a melhor interpretação, fundada no princípio da função social da posse.

Por fim, pontue-se que, na *VI Jornada de Direito Civil*, evento realizado em 2013, foi aprovado o Enunciado n. 569, estabelecendo que "no caso do art. 1.242, parágrafo único, a usucapião, como matéria de defesa, prescinde do ajuizamento da ação de usucapião, visto que, nessa hipótese, o usucapiente já é o titular do imóvel no registro". De acordo com as suas justificativas, "a usucapião de que trata o art. 1.242, parágrafo único, constitui matéria de defesa a ser alegada no curso da ação de anulação do registro do título translativo de propriedade, sendo dispensável o posterior ajuizamento da ação de usucapião".

3.7.2.1.2 Da usucapião extraordinária (art. 1.238 do CC)

Segundo o *caput* do art. 1.238 do Código Civil de 2002, "Aquele que, por quinze anos, sem interrupção, nem oposição, possuir como seu um imóvel, adquire-lhe a propriedade, independentemente de título e boa-fé; podendo requerer ao juiz que assim o declare por sentença, a qual servirá de título para o registro no Cartório de Registro de Imóveis". De acordo com o seu parágrafo único, o prazo estabelecido no dispositivo será reduzido para dez anos se o possuidor houver estabelecido no imóvel a sua moradia habitual, ou nele realizado obras ou serviços de caráter produtivo.

A exemplo do que ocorre com a usucapião ordinária, há a *usucapião extraordinária regular* ou *comum (caput)* e a *usucapião extraordinária por posse-trabalho* (parágrafo único). Em relação à primeira, o prazo foi reduzido para 15 anos, uma vez que o Código Civil de 1916 previa um prazo de 20 anos (art. 550 do CC/1916).

Assim, no que diz respeito à usucapião extraordinária, é seu requisito essencial, em regra, a posse mansa e pacífica, ininterrupta, com *animus domini* e sem oposição por 15 anos. O prazo cai para 10 anos se o possuidor houver estabelecido no imóvel sua moradia habitual ou houver realizado obras ou serviços de caráter produtivo, ou seja, se a função social da posse estiver sendo cumprida pela presença da *posse-trabalho*.

O que se percebe é que nos dois casos não há necessidade de se provar a boa-fé ou o justo título, havendo uma presunção absoluta ou *iure et de iure* da presença desses elementos. O requisito, portanto, é único: a presença da posse que apresente os requisitos exigidos em lei.

3.7.2.1.3 Da usucapião constitucional, agrária ou especial rural – *pro labore* (art. 191, *caput*, da CF/1988; art. 1.239 do CC e Lei 6.969/1981)

Dispõe o *caput* do art. 191 do Texto Maior que "Aquele que, não sendo proprietário de imóvel rural ou urbano, possua como seu, por cinco anos ininterruptos, sem oposição, área de terra, em zona rural, não superior a cinquenta hectares, tornando-a produtiva por seu trabalho ou de sua família, tendo nela sua moradia, adquirir-lhe-á a propriedade". A regra foi reproduzida, na literalidade, pelo art. 1.239 do CC/2002. O instituto da *usucapião constitucional* ou *especial rural (pro labore*) ainda está regulamentado pela Lei 6.969/1981, principalmente quanto às questões processuais, que merecerão estudo aprofundado em seção própria.

Essa modalidade de usucapião também é denominada como *agrária*, sobretudo pelos doutrinadores do Direito Agrário. Segundo Benedito Ferreira Marques, o termo *especial* deve ser utilizado apenas para a usucapião indígena, a seguir estudada, e não para o instituto objeto deste tópico (*Direito Agrário*... 2011, p. 98-99). De toda sorte, o presente autor prefere utilizar a expressão *especial*, majoritária na doutrina civilista nacional também para a usucapião constitucional urbana.

No que concerne aos requisitos dessa *usucapião especial rural* ou *pro labore*, podem ser apontados os seguintes:

a) Área não superior a 50 hectares (50 ha), localizada na zona rural. Vale lembrar que apesar de originalmente o art. 1.º da Lei 6.969/1981 ter previsto uma área de 25 ha, este comando não foi recepcionado pela CF/1988.
b) Posse de cinco anos ininterruptos, sem oposição e com *animus domini*.
c) Utilização do imóvel para subsistência ou trabalho (*pro labore*), podendo ser na agricultura, na pecuária, no extrativismo ou em atividade similar. O fator essencial é que a pessoa ou a família esteja tornando produtiva a terra, por força de seu trabalho.
d) Aquele que pretende adquirir por usucapião não pode ser proprietário de outro imóvel, seja ele rural ou urbano.

Não há qualquer previsão quanto ao justo título e à boa-fé, pois tais elementos se presumem de forma absoluta (presunção *iure et de iure*) pela destinação que foi dada ao imóvel, atendendo à sua função social.

Além desses requisitos gerais, cumpre destacar que o art. 3.º da Lei 6.969/1981 proíbe que a usucapião especial rural ocorra nas seguintes áreas:

– Áreas indispensáveis à segurança nacional.
– Terras habitadas por silvícolas.
– Áreas de interesse ecológico, consideradas como tais as reservas biológicas ou florestais e os parques nacionais, estaduais ou municipais, assim declarados pelo Poder Executivo, assegurada aos atuais ocupantes a preferência para assentamento em outras regiões, pelo órgão competente.

Em relação ao instituto da usucapião especial rural, dois foram os enunciados aprovados na *IV Jornada de Direito Civil*, com conteúdo muito importante e que merecem o devido estudo.

O primeiro deles é o Enunciado n. 312 do CJF/STJ, pelo qual "Observado o teto constitucional, a fixação da área máxima para fins de usucapião especial rural levará em consideração o módulo rural e a atividade agrária regionalizada". O autor do enunciado doutrinário em análise é o professor capixaba Paulo Henrique Cunha da Silva. Foram as suas justificativas:

"Trata-se de posse *pro labore* em conjunto com a família, daí não assistir razão para que a modalidade especial de aquisição seja para áreas superiores ou inferiores a um módulo. Ora, o inciso II, do art. 4.º, do Estatuto da Terra (Lei 4.504/1964), define como propriedade familiar o imóvel rural que, direta e pessoalmente explorado pelo agricultor e sua família, lhes absorva toda a força de trabalho, garantindo-lhes a subsistência e o progresso social e econômico, com área máxima fixada para cada região e tipo de exploração, e eventualmente, trabalhado com a ajuda de terceiros, sendo o módulo rural uma unidade de medida, expressa em hectares, que busca exprimir a interdependência entre a dimensão, a situação geográfica dos imóveis rurais e a forma e condições do seu aproveitamento econômico".

O enunciado, assim, tem a sua razão de ser, visando a um diálogo importante com o Direito Agrário, com o objetivo de otimizar a atividade agrária.

O segundo é o Enunciado n. 313 do CJF/STJ, cuja redação é a seguinte: "Quando a posse ocorre sobre área superior aos limites legais, não é possível a aquisição pela via da usucapião especial, ainda que o pedido restrinja a dimensão do que se quer usucapir". A proposição doutrinária atinge não somente a usucapião especial rural, mas também a usucapião especial urbana (art. 1.240 do CC). Vejamos os argumentos do autor do enunciado, o magistrado e professor amazonense Aldemiro Rezende Dantas Júnior:

"O comportamento do possuidor que, tendo exercido por cinco anos os atos possessórios sobre área superior à máxima admitida nos casos de usucapião especial, subitamente, decorrido o quinquênio, pretendesse usucapir apenas a área correspondente a tais limites (50 ha e 250 m^2), se caracterizaria como verdadeiro e inaceitável *venire contra factum proprium*, surpreendendo de modo inesperado o proprietário, que ainda pensava dispor de mais prazo para, querendo, ajuizar a ação reivindicatória referente ao seu imóvel. Assim, por exemplo, suponha-se que o usucapiente exerce atos possessórios sobre área de 70 hectares, sendo que o proprietário, em virtude de estar enfrentando alguns problemas familiares, ainda não pôde agir para recuperar o seu imóvel. Esse proprietário, no entanto, embora já tenham decorrido cinco anos, está tranquilo quanto ao prazo decorrido, pois acredita que ainda dispõe de prazo suficiente para o ajuizamento da mencionada ação, eis que a usucapião, na hipótese concreta (70 ha), só ocorrerá após 15 anos de posse ininterrupta e pacífica do usucapiente (na pior das hipóteses, em 10 anos, se for a situação prevista no parágrafo único do art. 1.238). Subitamente, no entanto, o possuidor ajuíza ação de usucapião apenas em relação a uma área de 50 hectares, deixando de requerer a propriedade da área excedente. Parece evidente que o primeiro dos comportamentos do usucapiente (posse exercida sobre 70 hectares) incutiu no proprietário a confiança de que ainda faltavam alguns anos para a concretização da usucapião, e por essa razão, o segundo dos comportamentos (renúncia à área excedente a 50 hectares) se mostra contraditório em relação ao primeiro, e por isso inaceitável, uma vez que se constitui em *venire contra factum proprium*, como acima mencionado".

A ementa traz como conteúdo mais uma aplicação da boa-fé objetiva para o Direito das Coisas, particularmente diante da vedação do comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*). Todavia, a ela não se filia, servindo o mesmo raciocínio quanto a eventual entendimento jurisprudencial que o fundamente (por exemplo, TJRS, Processo 70014800825, Data: 01.06.2006, Órgão julgador: 17.ª Câmara Cível, Juiz relator Alexandre Mussoi Moreira, Origem: Comarca de Gravataí).

Isso porque o entendimento constante do enunciado doutrinário em questão acaba por presumir a má-fé daquele que pretende usucapir o bem, algo inadmissível diante de um Código Civil que presume a boa-fé nas relações privadas; ou que pelo menos propõe a boa-fé objetiva como norte interpretativo (art. 113 do CC/2002).

Além disso, o enunciado privilegia a boa-fé objetiva em detrimento da proteção da moradia e do

atendimento da função social da posse. Ora, é requisito da usucapião especial rural a destinação *pro labore* ou para fins de moradia, que deve prevalecer sobre eventual alegação de comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*), a partir da técnica de ponderação. Isso porque a proteção da moradia consta do art. 6.º, e a função social da propriedade, do art. 5.º, incs. XXII e XXIII, ambos da Constituição da República.

Em reforço, saliente-se que o enunciado doutrinário em comento está apegado a um excesso de rigor formal quanto à metragem do imóvel, que não se coaduna com o atual Código Civil Brasileiro, que traz como um dos seus fundamentos a operabilidade, no sentido de facilitação do Direito Privado. Essas as razões, em conclusão, pelas quais não há como se filiar ao teor do Enunciado n. 313 do CJF/STJ, com o devido respeito.

3.7.2.1.4 Da usucapião constitucional ou especial urbana – *pro misero* (art. 183, *caput*, da CF/1988, art. 1.240 do CC e art. 9.º da Lei 10.257/2001). A inclusão da nova usucapião especial urbana por abandono do lar conjugal pela Lei 12.424/2011 (art. 1.240-A do CC)

A *usucapião constitucional* ou *especial urbana (pro misero*) está consagrada no *caput* do art. 183 da Constituição Federal, pelo qual: "Aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural". A norma está reproduzida no art. 1.240 do CC/2002 e no *caput* do art. 9.º da Lei 10.257/2001 (Estatuto da Cidade).

O Estatuto da Cidade acaba por trazer algumas regras complementares sobre a usucapião especial urbana. De início, prescreve que o título de domínio será conferido ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil (art. 9.º, § 1.º, da Lei 10.257/2001). Sendo assim, ilustrando, o título poderá ser concedido se eles viverem em união estável, protegida pela Constituição Federal como entidade familiar (art. 226, § 3.º).

Além disso, enuncia o § 2.º do art. 9.º do Estatuto da Cidade que o direito à usucapião especial urbana não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez, o que confirma a ideia de que a aquisição da propriedade atende ao direito mínimo de moradia (*pro misero*), em consonância com a *teoria do patrimônio mínimo*, criada por Luiz Edson Fachin (*Estatuto*..., 2006).

Por fim, de acordo com o § 3.º do art. 9.º da Lei 10.257/2001, para os efeitos dessa modalidade de usucapião, o herdeiro legítimo continua, de pleno direito, a posse de seu antecessor, desde que já resida no imóvel por ocasião da abertura da sucessão. Eis aqui o tratamento específico da *accessio possessionis* para a usucapião especial urbana, como antes mencionado, não se aplicando, portanto, a regra geral prevista no art. 1.243 do CC/2002. Fica claro, pela literalidade da norma, que a *soma das posses* para a usucapião especial urbana somente pode ser *mortis causa* e não *inter vivos*, como é na regra geral.

Pelo que consta dos dispositivos legais mencionados, são os requisitos da usucapião constitucional ou especial urbana:

a) Área urbana não superior a 250 m^2.

b) Posse mansa e pacífica de cinco anos ininterruptos, sem oposição, com *animus domini*.

c) O imóvel deve ser utilizado para a sua moradia ou de sua família, nos termos do que consta do art. 6.º, *caput*, da CF/1988 (*pro misero*).

d) Aquele que adquire o bem não pode ser proprietário de outro imóvel, rural ou urbano; não podendo a usucapião especial urbana ser deferida mais de uma vez.

Cumpre observar que não há menção a respeito do justo título e da boa-fé pela presunção absoluta ou *iure et de iure* de suas presenças.

Em relação à usucapião especial urbana, cumpre destacar inicialmente dois enunciados aprovados nas *Jornadas de Direito Civil*, sem prejuízo do Enunciado n. 313, da *IV Jornada* (2006), aqui citado e criticado.

O primeiro deles é o Enunciado n. 85 CJF/STJ, da *I Jornada de Direito Civil* (2002), pelo qual "Para efeitos do art. 1.240, *caput*, do novo Código Civil, entende-se por 'área urbana' o imóvel edificado ou não, inclusive unidades autônomas vinculadas a condomínios edilícios". Na esteira da jurisprudência, o entendimento doutrinário consubstanciado no enunciado doutrinário está a possibilitar a usucapião especial urbana de apartamentos em condomínio edilício (TJSP, Apelação 390.646-4/3-00 – Mococa, 3.ª Câmara de Direito Privado, 05.09.2006, Rel. Des. Beretta da Silveira, v.u., Voto 11.567).

Em complemento, havendo usucapião de área em condomínio, expressa o Enunciado n. 314 do CJF/STJ, da *IV Jornada*, que "Para os efeitos do art. 1.240, não se deve computar, para fins de limite de metragem máxima, a extensão compreendida pela fração ideal correspondente à área comum". Em suma, para o cômputo dos 250 m² que exige a lei, somente deve ser levada em conta a área autônoma ou individual e não a fração da área comum.

Pois bem, a Lei 12.424, de 16 de junho de 2011, inclui no sistema a *usucapião especial urbana por abandono do lar*. Vejamos a redação do novo comando, constante do art. 1.240-A do CC/2002:

> "Art. 1.240-A. Aquele que exercer, por 2 (dois) anos ininterruptamente e sem oposição, posse direta, com exclusividade, sobre imóvel urbano de até 250m² (duzentos e cinquenta metros quadrados) cuja propriedade divida com ex-cônjuge ou ex-companheiro que abandonou o lar, utilizando-o para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio integral, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.
>
> § 1.º O direito previsto no *caput* não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez."

O instituto traz algumas semelhanças em relação à usucapião especial urbana que já estava prevista, a qual pode ser denominada como *regular*.

De início, cite-se a metragem de 250 m², que é exatamente a mesma, procurando o legislador manter a uniformidade legislativa. Isso, apesar de que em alguns locais a área pode ser tida como excessiva, conduzindo a usucapião de imóveis de valores milionários. Ato contínuo, o novo instituto somente pode ser reconhecido uma vez, desde que o possuidor não tenha um outro imóvel urbano ou rural.

A principal novidade é a redução do prazo para exíguos dois anos, o que faz com que a nova categoria seja aquela com menor prazo previsto, entre todas as modalidades de usucapião, inclusive de bens móveis (o prazo menor era de três anos). Deve ficar claro que a tendência pós-moderna é justamente a de redução dos prazos legais, eis que o mundo contemporâneo possibilita a tomada de decisões com maior rapidez.

O abandono do lar é o fator preponderante para a incidência da norma, somado ao estabelecimento da moradia com posse direta. O comando pode atingir cônjuges ou companheiros, inclusive homoafetivos, diante do amplo reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar, equiparada à união estável. Fica claro que o instituto tem incidência restrita entre os componentes da entidade familiar, sendo esse o seu âmbito de aplicação. Nesse sentido, precioso enunciado aprovado na *V Jornada de Direito Civil*, a saber: "A modalidade de usucapião prevista no art. 1.240-A do Código Civil pressupõe a propriedade comum do casal e compreende todas as formas de família ou entidades familiares, inclusive homoafetivas" (Enunciado n. 500).

Consigne-se que, em havendo disputa, judicial ou extrajudicial, relativa ao imóvel, não ficará caracterizada a posse *ad usucapionem*, não sendo o caso de subsunção do preceito. Eventualmente, o cônjuge ou companheiro que abandonou o lar pode notificar o ex-consorte anualmente, para demonstrar o impasse relativo ao bem, afastando o cômputo do prazo.

Desse modo, o requisito do abandono do lar merece uma interpretação objetiva e cautelosa. Nessa esteira, vejamos outro enunciado aprovado na *V Jornada de Direito Civil*, que analisa muito bem a temática:

> "A aquisição da propriedade na modalidade de usucapião prevista no art. 1.240-A do Código Civil só pode ocorrer em virtude de implemento de seus pressupostos anteriormente ao divórcio. O requisito 'abandono do lar' deve ser interpretado de maneira cautelosa, mediante a verificação de que o afastamento do lar conjugal representa descumprimento simultâneo de outros deveres conjugais, tais como assistência material e dever de sustento do lar, onerando desigualmente aquele que se manteve na residência familiar e que se responsabiliza unilateralmente pelas despesas oriundas da manutenção da família e do próprio imóvel, o que justifica a perda da propriedade e a alteração do regime de bens quanto ao imóvel objeto de usucapião" (Enunciado n. 499).

Como incidência concreta desse enunciado doutrinário, não se pode admitir a aplicação da nova usucapião nos casos de atos de violência praticados por um cônjuge ou companheiro para retirar o outro do lar conjugal. Em suma, a expulsão do cônjuge ou companheiro não pode ser comparada ao abandono.

Outra aplicação da transcrita ementa doutrinária diz respeito ao afastamento de qualquer debate a respeito da culpa, com o fim de influenciar a usucapião a favor de um ou outro consorte. Na verdade, existindo qualquer controvérsia a respeito do imóvel, não há que se falar em posse *ad usucapionem* com a finalidade de gerar a aquisição do domínio.

No que concerne à questão de direito intertemporal, é correto o entendimento já defendido por Marcos Ehrhardt Jr., no sentido de que "O prazo para exercício desse novo direito deve ser contado por inteiro, a partir do início da vigência da alteração legislativa, afinal não se deve mudar as regras do jogo no meio de uma partida" (EHRHARDT JR., Marcos. Temos um novo tipo de usucapião...). A conclusão tem relação direta com a proteção do direito adquirido, retirada do art. 5.º, XXXVI, da Constituição e do art. 6.º da Lei de Introdução. Do mesmo modo, o entender constante em outro enunciado da *V Jornada de Direito Civil*: "A fluência do prazo de 2 anos, previsto pelo art. 1.240-A para a nova modalidade de usucapião nele contemplada, tem início a partir da entrada em vigor da Lei n.º 12.424/2011" (Enunciado n. 498). Na mesma linha, podem ser colacionados os seguintes julgados:

> "Direito de família. Divórcio litigioso. Apelação. Usucapião familiar. Artigo 1.240-A do Código Civil. Aplicação retroativa. Impossibilidade. Recurso desprovido. O artigo 1.240-A do Código Civil não possui aplicação retroativa, porque comprometeria a

estabilidade das relações jurídicas” (TJMG, Apelação Cível 1.0702.11.079218-2/001, Rel. Des. José Carlos Moreira Diniz, j. 11.07.2013, *DJEMG* 16.07.2013).

“Apelação cível. Divórcio. Justiça gratuita. (...). Usucapião de bem familiar. Exegese do art. 1.240-A do Código Civil, incluído pela Lei n. 12.424, de 2011. Contagem do prazo de dois anos anterior à vigência da Lei. Impossibilidade. (...). 2 O termo inicial da contagem do prazo de dois anos para aplicação da usucapião por abandono familiar e patrimonial do imóvel comum é a data do início da vigência da Lei que instituiu essa nova modalidade de aquisição dominial. (...)” (TJSC, Apelação Cível 2013.008829-3, Itajaí, 2.ª Câmara de Direito Civil, Rel. Des. José Trindade dos Santos, j. 31.05.2013, *DJSC* 07.06.2013, p. 191).

Merece relevo mais um enunciado aprovado na *V Jornada*, que conclui que não é requisito indispensável para a nova usucapião o divórcio ou a dissolução da união estável, bastando a mera separação de fato: “As expressões ‘ex-cônjuge’ e ‘ex-companheiro’, contidas no artigo 1.240-A do Código Civil, correspondem à situação fática da separação, independentemente de divórcio” (Enunciado n. 501).

Por fim, do mesmo evento, conclui-se que “O conceito de posse direta do art. 1.240-A do Código Civil não coincide com a acepção empregada no art. 1.197 do mesmo Código” (Enunciado n. 502). Nesse contexto, não há necessidade de que o imóvel esteja na posse direta do ex-cônjuge ou ex-companheiro, podendo ele estar locado a terceiro; sendo viável do mesmo modo a nova usucapião pelo exercício de posse indireta.

Por certo, outras discussões jurídicas surgirão a respeito dessa nova modalidade de usucapião especial urbana, debates esses que serão expostos nas próximas edições da presente obra, em especial quando surgirem os primeiros julgados sobre o tema.

Superado o estudo da usucapião especial urbana, passa-se à usucapião especial urbana coletiva, prevista no Estatuto da Cidade.

3.7.2.1.5 Da usucapião especial urbana coletiva (art. 10 da Lei 10.257/2001)

Dispõe o *caput* do art. 10 do Estatuto da Cidade (Lei 10.257/2001):

“Art. 10. As áreas urbanas com mais de duzentos e cinquenta metros quadrados, ocupadas por população de baixa renda para sua moradia, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, onde não for possível identificar os terrenos ocupados por cada possuidor, são susceptíveis de serem usucapidas coletivamente, desde que os possuidores não sejam proprietários de outro imóvel urbano ou rural”.

O comando consagra a *usucapião especial urbana coletiva* ou, tão somente, *usucapião coletiva*, possível nos casos envolvendo imóveis localizados em zonas urbanas. São seus requisitos:

a) Área urbana, havendo limitação mínima de 250 m^2.

b) Posse de cinco anos ininterruptos, sem oposição, com *animus domini*. Como se pode perceber, não há exigência de que a posse seja de boa-fé.

c) Existência no local de famílias de baixa renda, utilizando o imóvel para moradia, nos termos do art. 6.º, *caput*, da CF/1988.

d) Ausência de possibilidade de identificação da área de cada possuidor.

e) Aquele que adquire não pode ser proprietário de outro imóvel – rural ou urbano.

Em relação a tais elementos, aprofundando, é interessante trazer à baila dois exemplos do Tribunal de Justiça de São Paulo. De início, entendeu o Tribunal pela viabilidade de soma das posses, não quanto ao tempo, mas sim quanto ao espaço, para a configuração do instituto da usucapião coletiva:

“Usucapião coletivo – Imóvel urbano – Cômodos integrantes de um mesmo imóvel – Soma das posses – Admissibilidade –

Legitimidade dos possuidores em estado de composse ou litisconsórcio – Aplicação do Estatuto da Cidade (Lei 10.257/2001) – Prazo – Cômputo a partir da Constituição 88 – Cassada a sentença extintiva – Recurso provido" (TJSP, Apelação 297.047-4/1-00 – São Paulo, 10.ª Câmara de Direito Privado, Rel. Testa Marchi, 14.03.2006, v.u., Voto 8.897).

Dentro da mesma ideia, o mesmo Tribunal Paulista concluiu não ser possível a usucapião especial urbana (individual) em caso envolvendo um cômodo em habitação coletiva (o popular *cortiço*). Para a Corte Estadual, o caminho processual a ser percorrido seria o da usucapião coletiva, como se pode notar da ementa a seguir transcrita:

"Usucapião especial urbano – Ação ajuizada em caráter individual com a finalidade do reconhecimento de domínio exclusivo sobre um cômodo de habitação coletiva – Inadmissibilidade – Situação a viabilizar em tese a ação de usucapião especial urbano coletivo, na qual a legitimidade 'ad causam' é deferida a todos os moradores em litisconsórcio necessário ou à associação que os representa – Aplicação das regras dos artigos 9.º, 10 e 12 da Lei 10.257/2001 (Estatuto da Cidade) – Petição inicial indeferida – Recurso do casal autor desprovido" (TJSP, Apelação 283.033-4/0 – São Paulo, 8.ª Câmara de Direito Privado, Rel. Morato de Andrade, 27.08.2003, v.u.).

Os parágrafos do art. 10 do Estatuto da Cidade trazem importantes regras de cunho material e processual, sem prejuízo de outras normas instrumentais que estão estudadas em tópico próprio.

Nos termos do § 1.º do art. 10 do Estatuto da Cidade, o possuidor pode, para o fim de contar o prazo exigido por esse artigo, acrescentar sua posse à de seu antecessor, contanto que ambas sejam contínuas. Em norma especial, está consagrada a possibilidade da *accessio possessionis*, ou seja, a possibilidade do sucessor da posse somar, no aspecto temporal, a posse anterior para fins de usucapião coletiva.

No campo processual, a usucapião especial coletiva de imóvel urbano será declarada pelo juiz, mediante sentença, a qual servirá de título para registro no cartório de registro de imóveis (art. 10, § 2.º, da Lei 10.257/2001). Nessa sentença o juiz atribuirá igual fração ideal de terreno a cada possuidor, independentemente da dimensão do terreno que cada um ocupe, salvo hipótese de acordo escrito entre os condôminos, estabelecendo frações ideais diferenciadas (art. 10, § 3.º, da Lei 10.257/2001).

A última norma consagra o estabelecimento de um condomínio a favor dos usucapientes, o que deve constar da sentença declaratória da propriedade. Esse condomínio especial constituído é indivisível, não sendo passível de extinção, salvo deliberação favorável tomada por, no mínimo, dois terços dos condôminos, no caso de execução de urbanização posterior à constituição do condomínio (art. 10, § 4.º, da Lei 10.257/2001). Por fim, determina o comando legal que as deliberações relativas à administração do condomínio especial serão tomadas por maioria de votos dos condôminos presentes, obrigando também os demais, discordantes ou ausentes (art. 10, § 5.º, da Lei 10.257/2001).

3.7.2.1.6 Da usucapião especial indígena (art. 33 da Lei 6.001/1973)

Além das formas de usucapião elencadas no Código Civil de 2002, na Constituição Federal, na Lei Agrária e no Estatuto da Cidade, é preciso apontar e estudar a *usucapião especial indígena*, tratada pelo Estatuto do Índio (Lei 6.001/1973). Estabelece o art. 33 dessa lei especial que "O índio, integrado ou não, que ocupe como próprio, por dez anos consecutivos, trecho de terra inferior a cinquenta hectares, adquirir-lhe-á a propriedade plena".

O parágrafo único do dispositivo enuncia que ele não se aplica às terras do domínio da União, ocupadas por grupos tribais, às áreas reservadas tratadas pelo próprio Estatuto do Índio, nem às terras de propriedade coletiva de grupo tribal. Assim, essas áreas não podem ser objeto dessa forma de usucapião especial.

Pelo que consta da norma, são requisitos da usucapião indígena:

a) Área de, no máximo, 50 ha.
b) Posse mansa e pacífica por dez anos, exercida por indígena.

É pertinente lembrar que o art. 4.º da Lei 6.001/1973 classifica os indígenas da seguinte forma, o que interessa para fins dessa usucapião:

a) *Índios isolados* – quando vivem em grupos desconhecidos ou de que se possuem poucos e vagos informes por meio de contatos eventuais com elementos da comunhão nacional;
b) *Índios em vias de integração* – quando, em contato intermitente ou permanente com grupos estranhos, conservam menor ou maior parte das condições de sua vida nativa, mas aceitam algumas práticas e modos de existência comuns aos demais setores da comunhão nacional, da qual vão necessitando cada vez mais para o próprio sustento;
c) *Índios integrados* – quando incorporados à comunhão nacional e reconhecidos no pleno exercício dos direitos civis, ainda que conservem os usos, costumes e tradições característicos da sua cultura.

Como ficou claro, seja o índio integrado ou não, poderá ele adquirir área por meio da usucapião especial, o que visa a proteger a sua condição de silvícola.

3.7.2.1.7 Da usucapião imobiliária administrativa (art. 60 da Lei 11.977/2009)

Além das *modalidades judiciais* expostas, a Lei 11.977/2009 – conhecida como Lei Minha Casa, Minha Vida – instituiu modalidade de usucapião administrativa ou extrajudicial, a ser efetivada no Cartório de Registro de Imóveis, dispensando demanda judicial.

Nesse contexto, é possível que o Poder Público legitime a posse de ocupantes de imóveis públicos ou particulares, nos termos do art. 59 da norma, aqui antes exposto ("A legitimação de posse devidamente registrada constitui direito em favor do detentor da posse direta para fins de moradia"). Tal legitimação da posse será concedida aos moradores cadastrados pelo Poder Público, desde que: *a)* não sejam concessionários, foreiros ou proprietários de outro imóvel urbano ou rural; e *b)* não sejam beneficiários de legitimação de posse concedida anteriormente. A legitimação de posse também será concedida ao coproprietário da gleba, titular de cotas ou frações ideais, devidamente cadastrado pelo Poder Público, desde que exerça seu direito de propriedade em um lote individualizado e identificado no parcelamento registrado.

Após concessão de tal direito, estabelece o art. 60 da Lei 11.977/2009 que o detentor do título de legitimação de posse, após 5 (cinco) anos de seu registro, poderá requerer ao oficial de registro de imóveis a conversão desse título em registro de propriedade, tendo em vista sua aquisição por usucapião, nos termos do art. 183 da Constituição Federal. Em outras palavras, converte-se a mera legitimação da posse em propriedade, por meio da usucapião especial ou constitucional urbana.

Ressalve-se que, no caso de bens públicos, não caberá tal conversão, diante da proibição que consta do § 3.º do art. 183 do Texto Maior e do art. 102 do CC/2002. Para requerer tal conversão, o

adquirente deverá apresentar: I – certidões do cartório distribuidor demonstrando a inexistência de ações em andamento que versem sobre a posse ou a propriedade do imóvel; II – declaração de que não possui outro imóvel urbano ou rural; III – declaração de que o imóvel é utilizado para sua moradia ou de sua família; e IV – declaração de que não teve reconhecido anteriormente o direito à usucapião de imóveis em áreas urbanas. Se a área for superior a 250 m², não será possível adquirir a área pela modalidade da usucapião especial ou constitucional urbana, mas apenas por outra categoria, caso da usucapião ordinária ou da extraordinária (art. 60, § 3.º, da Lei 11.977/2009).

Por fim, o título de legitimação de posse poderá ser extinto pelo Poder Público emitente quando constatado que o beneficiário não está na posse do imóvel e não houve registro de cessão de direitos. Após o procedimento para extinção do título, o Poder Público solicitará ao oficial de registro de imóveis a averbação do seu cancelamento (art. 60-A).

Como bem observam Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, tal modalidade de usucapião constituiu uma ousada forma de concretização da proteção constitucional da moradia e da função social da propriedade, estando inserida na sadia ideia de *desjudicialização dos conflitos civis* (FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil*..., 2012, v. 5, p. 450-456). Ou ainda, segundo as palavras de Melhim Namen Chalhub, "O Capítulo III da Lei 11.977/2009 transpõe para o direito positivo o reconhecimento da eficácia jurídica da posse com função social, e, para maior celeridade de sua conversão em propriedade, admite seja processada extrajudicialmente a usucapião de imóveis localizados em favelas e assentamentos assemelhados. Por esse meio, a lei desata amarras que, no âmbito judicial, dificultam o acesso do possuidor ao título de propriedade. A extrajudicialidade do procedimento se justifica, dentre outros fundamentos, pela necessidade de simplificar e desburocratizar os meios de realização da função social da propriedade e das cidades, e contribui decisivamente para consecução dessas funções, não havendo afronta alguma aos requisitos da aquisição da propriedade por usucapião, nem às garantias constitucionais do direito de propriedade, desde que cumprida sua função social, e, ainda, aos requisitos do contraditório" (CHALHUB, Melhim Namen. Usucapião administrativa..., acesso em: 24 set. 2012).

Sem dúvida, muitos desafios surgirão na prática e na jurisprudência a respeito desse interessante instituto, que nasce para uma melhor concretização da função social da posse e da propriedade, visando à otimização da distribuição do domínio nos meios urbanos.

Superadas a análise e a demonstração das sete formas de usucapião de bens imóveis admitidas no Direito Brasileiro, consigne-se que o Código Civil possibilita ainda a usucapião de servidão, tratada no seu art. 1.379. De qualquer forma, não se trata de aquisição da propriedade plena, mas de um direito real de gozo ou fruição, razão pela qual o instituto merece ser abordado em capítulo à parte do estudo da propriedade.

Encerrando o estudo dos aspectos materiais relativos à usucapião de imóveis, é fundamental discorrer sobre *duas questões pontuais* de aprofundamento do tema.

3.7.2.2 Da usucapião de bens imóveis e o direito intertemporal

A primeira questão pontual se refere ao direito intertemporal, ao livro complementar do atual Código Civil, intitulado "Das Disposições Finais e Transitórias" (arts. 2.028 a 2.046), e que serve

para solucionar os problemas decorrentes do conflito das normas no tempo.

Na dicção do art. 2.029, "Até dois anos após a entrada em vigor deste Código, os prazos estabelecidos no parágrafo único do art. 1.238 e no parágrafo único do art. 1.242 serão acrescidos de dois anos, qualquer que seja o tempo transcorrido na vigência do anterior, Lei 3.071, de 1.º de janeiro de 1916".

A norma tem a sua razão de ser, sendo aplicada para os casos envolvendo a usucapião extraordinária e ordinária em que os prazos são reduzidos para dez e cinco anos, respectivamente, diante da presença da posse-trabalho. Isso porque seria injusto que o antigo proprietário do bem, contra o qual corre o prazo de usucapião, fosse surpreendido por uma repentina redução de prazos decorrente da lei.

É importante dizer que essa é a mesma justificativa para o que consta do art. 2.030 do CC/2002, aplicável à *desapropriação judicial privada por posse-trabalho*, havendo também o acréscimo ordenado no seu antecessor.

Voltando à análise do art. 2.029 da codificação privada, é preciso elucidá-lo no campo prático, pois a sua interpretação pode levar a confusão. O dispositivo está expressando, em sua literalidade, que até dois anos da entrava em vigor do Código Civil de 2002 – ou seja, até 11 de janeiro de 2005 –, para as usucapiões mencionadas deverão ser aplicados os prazos de 12 e 7 anos, respectivamente. As adições de prazos são esclarecidas, na doutrina, por Maria Helena Diniz, nos seguintes termos:

"Até 11 de janeiro de 2005, os prazos, no caso em tela, serão de 12 e 7 anos. Consequentemente, aqueles prazos de 10 e 5 anos apenas se aplicarão após o transcurso do primeiro biênio de vigência do novel Código, àqueles possuidores cuja situação, que se enquadrariam nos arts. 1.238 e parágrafo único e 1.242 e parágrafo único, se iniciou após sua entrada em vigor. Isto é assim porque se configurou a *posse-trabalho* e para que se possa atender ao princípio da função social da propriedade, não se aplicando, durante o primeiro biênio da vigência do novo Código Civil, o disposto no art. 2.028, nas hipóteses dos arts. 1.238 e parágrafo único e 1.242 e parágrafo único. Se, p. ex., até dois anos da entrada em vigor do novo Código Civil, alguém já vinha possuindo, desde o império do Código Civil de 1916, com *animus domini*, imóvel por 9 anos sem justo título e boa-fé, tendo nele estabelecido sua morada e o tornado produtivo, não terá de aguardar mais 11 anos para pedir a usucapião extraordinária, como previa o art. 550 do CC de 1916, que, para tanto, exigia 20 anos de posse ininterrupta, nem se lha aplicaria o disposto no art. 2.028, pois como reside no imóvel e nele realizou obras sociais e econômicas, ter-se-á a posse *ad laborem*, logo bastar-lhe-á, ante a patrimonialidade do prazo transcorrido, esperar mais três anos para pedir a propriedade, obtendo sentença declaratória de usucapião, pois pelo art. 1.238, parágrafo único, o prazo é de 10 anos, acrescido de mais dois anos por força do art. 2.029 do CC. Deverá, então, cumprir doze anos de posse-trabalho para obter, por meio de usucapião, a propriedade daquele imóvel" (*Código Civil*..., 2005, p. 1.620).

Como esclarece a doutrinadora, o art. 2.029 do CC/2002 será aplicado somente às duas formas especiais de usucapião, extraordinária ou ordinária, ou seja, nos casos em que houver posse-trabalho. Para os demais casos de usucapião extraordinária e ordinária, em que houve redução dos prazos, terá incidência o art. 2.028 do Lei Geral Civil, dispositivo que tenta resolver os problemas de direito intertemporal relativos à prescrição e cuja redação é a seguinte:

"Art. 2.028. Serão os da lei anterior os prazos, quando reduzidos por este Código, e se, na data de sua entrada em vigor, já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada".

No mesmo sentido, opina Mário Luiz Delgado, que traz a seguinte exemplificação, aplicando o dispositivo transcrito:

"No caso da usucapião extraordinária, se em 11 de janeiro de 2003, já havia transcorrido mais da metade do prazo velho (por exemplo, onze anos), os possuidores ainda terão que aguardar nove anos para usucapir. Se só houvesse transcorrido dois anos quando da entrada

em vigor do novo Código, aplicar-se-ia o prazo reduzido, porém contado da entrada em vigor do Código, o que equivale dizer que os possuidores teriam de esperar ainda quinze anos para adquirir a propriedade" (*Problemas*..., 2004, p. 68).

Em complemento, é notório o entendimento majoritário, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, de que no caso de redução de prazos de prescrição, transcorrido metade ou menos da metade do prazo anterior, o prazo novo deve ser contado a partir da entrada em vigor do novo Código Civil (STJ – REsp 905.210/SP – 3.ª Turma – Rel. Min. Humberto Gomes de Barros – j. 15.05.2007 – v.u.). Este autor igualmente se filia a essa corrente, para os devidos fins práticos.

De toda sorte, na *VI Jornada de Direito Civil*, evento promovido pelo Conselho da Justiça Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça em 2013, aprovou-se enunciado doutrinário em sentido diverso, concluindo que o art. 2.028 do Código não se aplica às hipóteses tratadas no *caput* dos arts. 1.238 e 1.242. Conforme a dicção do Enunciado n. 564, "As normas relativas à usucapião extraordinária (art. 1.238, *caput*, CC) e à usucapião ordinária (art. 1.242, *caput*, CC), por estabelecerem redução de prazo em benefício do possuidor, têm aplicação imediata, não incidindo o disposto no art. 2.028 do Código Civil".

Conforme as justificativas da proposta doutrinária, "O Código Civil, quando estabeleceu regra de transição a respeito da usucapião (art. 2.029), ocupou-se apenas das hipóteses previstas nos parágrafos únicos dos arts. 1.238 e 1.242, afastando, assim, o disposto no art. 2.028. Desse modo, inexistindo norma de transição específica, os prazos estabelecidos no *caput* dos aludidos artigos incidem diretamente, em analogia ao entendimento consubstanciado no Enunciado n. 445 da Súmula do STF. O proprietário possuiria, desse modo, o prazo de *vacatio legis* do Código Civil para proceder à defesa de seus interesses".

Com o devido respeito, posiciona-se em sentido contrário ao enunciado doutrinário em comento, pois a regra de transição do art. 2.028 da codificação tem justa e correta aplicação às hipóteses citadas, uma vez que os prazos da usucapião ordinária e extraordinária foram reduzidos pela atual codificação frente à anterior. Ademais, não se pode surpreender o proprietário com a redução de prazo. Por isso, este autor votou contra o enunciado quando da plenária da *VI Jornada de Direito Civil*.

A encerrar a análise das questões de direito intertemporal, o mesmo Mário Luiz Delgado traz interessante indagação e intrigante conclusão quanto ao art. 2.029 do CC/2002: se no caso de usucapião extraordinária por *posse-trabalho* (art. 2.038, parágrafo único, do CC), tiver transcorrido 15 anos da posse exercida, poderia já a parte requerer a usucapião, uma vez já transcorrido os mencionados 12 anos que norma intertemporal exige? O jurista responde negativamente, pois "o acréscimo de dois anos tem a finalidade exatamente de evitar uma surpresa ao proprietário". Conclui, assim, que o acréscimo de dois anos deve ocorrer de qualquer forma, contado a partir de 11 de janeiro de 2003 (*Problemas*..., 2004, p. 68). A conclusão nos parece justa e, mais uma vez, deve ser seguida.

3.7.2.3 A usucapião de imóveis públicos

Superada essa primeira questão controvertida, a segunda se refere à questão da usucapião dos bens públicos.

Ora, na presente obra foi mencionado que a Constituição Federal proíbe, expressamente, a usucapião de imóveis públicos, conforme os seus arts. 183, § 3.º, e 191, parágrafo único, proibições essas que atingem tanto os imóveis urbanos quanto os rurais. A proibição remonta à Súmula 340 do STF, anterior à própria Constituição e aplicável ao Código Civil de 1916, que vedava expressamente a usucapião de terras devolutas.

O Código Civil de 2002 acabou por reproduzir a regra, com sentido mais amplo, em seu art. 102, *in verbis*: "Os bens públicos não estão sujeitos a usucapião". O sentido é mais amplo, pois além dos imóveis, a proibição também atinge os móveis.

Todavia, repise-se, há juristas que defendem a possibilidade de usucapião de bens públicos, caso do clássico Sílvio Rodrigues que, conforme demonstrado, defendeu no passado a tese pela qual as terras devolutas (bens públicos dominicais), poderiam ser objeto de usucapião (*Direito civil*..., 2002, p. 148). Isso porque, sendo alienáveis, também seriam prescritíveis. Todavia, tal entendimento é considerado como minoritário na doutrina.

Vale ainda ressaltar que o art. 2.º da Lei 6.969/1981 é expresso ao admitir a usucapião especial rural de terras devolutas, mas o dispositivo vem sendo encarado, por maioria, como incompatível ao art. 191, parágrafo único, da Constituição Federal de 1988. Em suma, tem-se concluído que o art. 2.º da Lei 6.969/1981 não foi recepcionado pelo Texto Maior.

Entre os contemporâneos, a tese de usucapião dos bens públicos é sustentada por Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, nos seguintes termos:

> "A nosso viso, a absoluta impossibilidade de usucapião sobre bens públicos é equivocada, por ofensa ao princípio constitucional da função social da posse e, em última instância, ao próprio princípio da proporcionalidade. Os bens públicos poderiam ser divididos em materialmente e formalmente públicos. Estes seriam aqueles registrados em nome da pessoa jurídica de Direito Público, porém excluídos de qualquer forma de ocupação, seja para moradia ou exercício de atividade produtiva. Já os bens materialmente públicos seriam aqueles aptos a preencher critérios de legitimidade e merecimento, postos dotados de alguma função social.
>
> Porém, a Constituição Federal não atendeu a esta peculiaridade, olvidando-se de ponderar o direito fundamental difuso à função social com o necessário dimensionamento do bem público, de acordo com a sua conformação no caso concreto. Ou seja: se formalmente público, seria possível a usucapião, satisfeitos os demais requisitos; sendo materialmente públicos, haveria óbice à usucapião. Esta seria a forma mais adequada de tratar a matéria, se lembrarmos que, enquanto o bem privado 'tem' função social, o bem público 'é' função social" (*Direitos reais*..., 2006, p. 267).

A tese dos doutrinadores contemporâneos é sedutora e almeja o futuro, particularmente uma substancial mudança de pensamento. Por isso deve ser aplaudida, servindo como convite para importantes reflexões. Entretanto, para chegarmos a tanto é preciso percorrer um longo caminho. É essencial, antes de mais nada, repensar o papel do Estado no Brasil e a própria essência teórica do Direito Administrativo. É ainda necessário rever o conceito de propriedade, superdimensionando a valorização de sua função social, o que não é aceito pela maioria dos juristas e aplicadores do direito. Por fim, é fundamental também flexibilizar substancialmente o que consta da Constituição Federal, o que, infelizmente, não tem ocorrido nas óticas doutrinária e jurisprudencial.

De qualquer forma, em certo sentido de flexibilização, nossos Tribunais têm entendido pela possibilidade de usucapir os bens pertencentes às sociedades de economia mista, que não obstante terem natureza privada, envolvem interesses públicos. Nesse sentido:

> "Usucapião – Sociedade de Economia Mista – CEB – O bem pertencente a sociedade de economia mista pode ser objeto de usucapião – Precedente – Recurso conhecido e provido" (STJ, Acórdão, REsp 120702/DF (199700124916), 398366, Decisão:

28.06.2001, Órgão julgador, 4.ª Turma, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, *DJ* 20.08.2001, p. 468. Veja: STJ – REsp 37906-ES (*RSTJ* 105/313)).

Reforçando esse parcial sentido de flexibilização, o STJ entendeu que as áreas objeto de enfiteuse podem ser objeto de usucapião, mesmo havendo o envolvimento de um interesse público:

"Usucapião – Impossibilidade jurídica – Julgamento *extra* ou *ultra petita* – Inocorrência – Não comprovação de que o terreno já fosse foreiro – Ausência de prequestionamento tocante à alegação de julgamento *extra* ou *ultra petita*. Matéria, porém, suscetível de apreciação de ofício pelo Tribunal *a quo* (art. 267, § 3.º, do CPC) – Não comprovação de que o terreno já fosse foreiro. Segundo a jurisprudência desta Corte, 'admissível o usucapião quando o imóvel já era foreiro e a constituição da enfiteuse em favor do usucapiente se faz contra o particular até então enfiteuta e não contra a pessoa jurídica de direito público que continua na mesma situação em que se achava, ou seja, como nua-proprietária' (REsp 154.123-PE). Recurso especial não conhecido" (STJ, REsp 149445/PE (199700669920), 404604, Decisão: 07.06.2001, Órgão julgador: 4.ª Turma, Rel. Min. Barros Monteiro, *DJ* 24.09.2001, p. 307 – *RJADCOAS* 33/86. Veja: STJ – REsp 154123-PE (*RTJE* 178/204, *RJADCOAS* 4/59)).

Do último julgado, pode-se notar que a flexibilização é realmente restrita, pois apenas atinge a propriedade privada. Mas já representa um passo para seguir adiante, particularmente no tocante à função social dos bens públicos.

Superadas as duas questões controvertidas, parte-se ao estudo das questões processuais relativas à usucapião de bens imóveis.

3.7.2.4 Aspectos processuais envolvendo a usucapião de bens imóveis

Em relação à usucapião imobiliária, a primeira norma de interesse processual a ser comentada não está no Código de Processo Civil, mas no Código Civil de 2002. Consagra o *caput* do art. 1.241 do CC que poderá o possuidor requerer ao juiz seja declarada adquirida, mediante usucapião, a propriedade imóvel. Segundo o seu parágrafo único, a declaração obtida na forma desse artigo constituirá título hábil para o registro no Cartório de Registro de Imóveis.

Além da comum utilização da usucapião em sede de petição inicial, o instituto também pode ser alegado em sede de defesa ou exceção, como estabelece a Súmula 237 do STF. Dentro dessa ideia, preceitua o Enunciado n. 315 CJF/STJ, aprovado na *IV Jornada de Direito Civil* que "O art. 1.241 do CC permite que o possuidor que figurar como réu em ação reivindicatória ou possessória formule pedido contraposto e postule ao juiz seja declarada adquirida, mediante usucapião, a propriedade imóvel, valendo a sentença como instrumento para registro imobiliário, ressalvados eventuais interesses de confinantes e terceiros". A sentença de improcedência serve como título de propriedade a ser registrado no Cartório de Registro de Imóveis, em favor do réu.

Mas há dúvidas se realmente o registro da sentença de improcedência como título aquisitivo da propriedade vale para todos os casos de usucapião. No tocante à usucapião especial rural, não há dúvidas de que a resposta é positiva, pelo que consta do art. 7.º da Lei 6.969/1981, a saber: "A usucapião especial poderá ser invocada como matéria de defesa, valendo a sentença que a reconhecer como título para transcrição no Registro de Imóveis".

Da mesma forma, tanto em relação à usucapião especial urbana (a individual) como na usucapião especial urbana coletiva, pelo que consta do art. 13 da Lei 10.257/2001: "A usucapião especial de imóvel urbano poderá ser invocada como matéria de defesa, valendo a sentença que a reconhecer como título para registro no cartório de registro de imóveis".

E nas demais formas de usucapião, a sentença de improcedência também serve como título para fins de registro?

O entendimento majoritário, particularmente entre os processualistas, é que a usucapião pode sempre ser alegada em defesa, mas que a sentença de improcedência somente pode ser registrada nos casos destacados em lei. Compartilhando dessa ideia, ensina Alexandre Freitas Câmara que "A sentença que reconhecer o usucapião alegado como defesa não poderá ser levada a registro junto a matrícula do imóvel no Registro de Imóveis. Isto porque a contestação não amplia o objeto do processo. Não tendo havido pedido de reconhecimento da aquisição da propriedade por usucapião, não será a sentença capaz de declarar, com força de coisa julgada, que o réu é proprietário do bem em razão do usucapião" (*Lições*..., 2005, v. III, p. 440). Em nota de rodapé o doutrinador fluminense excetua os casos envolvendo a usucapião especial rural e urbana, transcrevendo os dispositivos aqui destacados.

Em sentido muito próximo, essa também é a opinião de Humberto Theodoro Jr. (*Curso*..., 2004, v. III, p. 188) e de Theotonio Negrão (*Código de Processo Civil*..., 2005, p. 930), trazendo ambos farta jurisprudência para balizar as suas teses. Apesar de ser essa tese apegada a valores formais, é pertinente verificar que a discussão se refere à formação da coisa julgada, razão pela qual o entendimento acaba prevalecendo.

Dentro das condições fixadas pela lei material, o possuidor requer ao juiz, por intermédio de advogado, que lhe reconheça a propriedade por meio da usucapião. A sentença proferida e transitada em julgado, *com natureza declaratória*, já traz a aquisição da propriedade. Isso pode ser percebido pelo art. 941 do CPC, na literalidade: "Compete a ação de usucapião ao possuidor para que se lhe *declare*, nos termos da lei, o domínio do imóvel ou a servidão predial" (*destacamos*).

Diante dessa natureza, não há necessidade de registro no Cartório de Registro de Imóveis para que tal direito esteja aperfeiçoado. O registro, assim, está no plano da eficácia do instituto. Esse é o posicionamento majoritário tanto da doutrina como da jurisprudência. A sentença tem efeitos *ex tunc*, a partir da incidência da prescrição aquisitiva, com o preenchimento de todos os requisitos da usucapião (RIBEIRO, Benedito Silvério. *Tratado*..., 2006, v. 2, p. 1.097).

Diante da natureza declaratória é que a ação de usucapião é imprescritível, havendo apenas requisitos temporais mínimos. De qualquer forma, vale deixar claro o entendimento minoritário de Maria Helena Diniz, para quem a aquisição da propriedade por usucapião só ocorre com o registro da decisão no Cartório de Registro Imobiliário (*Curso*..., 2007, v. 4, p. 162).

Adentrando no estudo do Código de Processo Civil, percebe-se que há um capítulo próprio ("Capítulo VII"), dentro do Livro que trata dos *Procedimentos Especiais* ("Livro IV"), a regulamentar "A *ação de usucapião de terras particulares*" (arts. 942 a 945). As normas se aplicam a todas as formas de usucapião de bens imóveis, tendo caráter geral, sem excluir as regras especiais de cunho processual previstas para a usucapião especial rural (Lei 6.969/1981) e para a usucapião especial urbana, seja individual ou coletiva (Lei 10.257/2001).

Segundo o art. 942 do CPC, o autor possuidor, expondo na petição inicial o fundamento do pedido e juntando planta do imóvel, requererá a citação daquele em cujo nome estiver registrado o imóvel usucapiendo. Também requererá a citação dos confinantes do imóvel, e, por edital, dos réus que estiverem em lugar incerto e dos eventuais interessados. Para tanto, enuncia o mesmo dispositivo,

deverá ser observado quanto ao prazo, o disposto no inciso IV do art. 232 do CPC, ou seja, o juiz determinará um prazo de 20 a 60 dias para a manifestação daquele que foi citado por edital.

A respeito da citação, enuncia a Súmula 263 do STF que o possuidor deve ser citado pessoalmente para a ação de usucapião. A citação pessoal deve ainda atingir o confinante certo, nos termos da Súmula 391 do mesmo STF. Ausente a citação pessoal, o caso é de nulidade processual.

Em complemento às citações, prevê o art. 943 do CPC que serão intimados por via postal, para que manifestem interesse na causa, os representantes da Fazenda Pública da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios. Em complemento ao que consta do dispositivo, anotam Theotonio Negrão e José Roberto F. Gouvêa que "Após essas intimações, sem que haja manifestação dos interessados, 'há que se prosseguir no feito, entendendo-se o silêncio como significando desinteresse pela demanda' (*RSTJ* 55/158)" (*Código de Processo Civil...*, 2005, p. 928).

Dispõe o art. 944 do Estatuto Processual que intervirá obrigatoriamente em todos os atos do processo o Ministério Público. A não intervenção do MP na ação de usucapião é motivo de nulidade do processo, o que não atinge os casos em que a usucapião é alegada como matéria de defesa (NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil...*, 2006, p. 1.005). Por razões óbvias, a atuação do Ministério Público também é fundamental nos casos envolvendo a usucapião e interesses de menores, conforme entendeu o Superior Tribunal de Justiça no julgado a seguir colacionado:

> "Recurso especial – Intervenção obrigatória do Ministério Público – Usucapião extraordinário – Interesse de menores. 1. Havendo interesse de menores é obrigatória a intervenção do Ministério Público, a partir do momento previsto no art. 83, inciso I, do CPC. 2. Viola o art. 944 do CPC a ausência de intervenção do Ministério Público em todos os atos do processo. 3. Recurso especial conhecido e provido, em parte" (STJ – REsp 34.188/MS – Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito – 3.ª Turma – j. 10.02.1998 – *DJ* 04.05.1998, p. 149).

A encerrar o capítulo do CPC que trata do tema, estabelece o seu art. 945 que a sentença, que julgar procedente a ação, será transcrita, mediante mandado, no registro de imóveis, satisfeitas as obrigações fiscais. Onde se lê no dispositivo a menção à transcrição, deve-se entender registro, o que está adaptado ao Código Civil de 2002. As obrigações fiscais, por óbvio, não se referem às dívidas do antigo proprietário, uma vez que a usucapião, como outrora exposto, é forma originária de aquisição da propriedade, *zerando* a propriedade anterior.

Superadas as regras gerais que constam do Código de Processo Civil, a Lei 6.969/1981 também traz regras processuais, e de cunho especial, relativas à *usucapião especial rural ou agrária*.

Sem prejuízo dos dispositivos dessa lei outrora mencionados, determina o seu art. 4.º, *caput*, que a ação de usucapião especial será processada e julgada na Comarca da situação do imóvel. Destaque-se que essa ainda é a regra de competência para as demais ações de usucapião, nos termos do art. 95 do CPC. Eventualmente, a presença da União ou de qualquer de seus entes, na ação de usucapião especial, não afasta a competência do foro de situação do imóvel (Súmula 11 do STJ).

De acordo com o § 1.º do dispositivo da lei especial, observado o disposto no art. 126 da Constituição Federal (que trata da necessidade de criação de varas especializadas pelos Tribunais de Justiça para dirimir os conflitos fundiários), no caso de usucapião especial em terras devolutas federais, a ação será promovida na Comarca da situação do imóvel, perante a Justiça do Estado, com

recurso para o Tribunal Federal de Recursos, cabendo ao Ministério Público local, na primeira instância, a representação judicial da União. Como antes foi apontado, doutrina e jurisprudência majoritárias têm entendido que a possibilidade de usucapião rural de terras devolutas é incompatível com a própria Constituição.

Pela mesma incompatibilidade, fica totalmente prejudicado o§2.º do art. 4.º da Lei Agrária (Lei 8.629/1993), pelo qual no caso de terras devolutas, em geral, a usucapião especial poderá ser reconhecida administrativamente, com a consequente expedição do título definitivo de domínio, para transcrição no Registro de Imóveis. A conclusão também vale para os dois parágrafos seguintes do comando legal, que tratam de procedimentos administrativos para a usucapião de terras devolutas, o que é impossível desde a Constituição Federal de 1988.

No tocante ao rito processual para a usucapião especial rural, estatui o art. 5.º, *caput*, dessa lei específica que será adotado o procedimento sumaríssimo, assegurada a preferência à sua instrução e julgamento. Onde se lê *procedimento sumaríssimo*, deve-se entender que o procedimento é *sumário*, nos termos do art. 275 e seguintes do atual CPC.

Na *ação de usucapião especial rural*, o autor, expondo o fundamento do pedido e individualizando o imóvel, com dispensa da juntada da respectiva planta, poderá requerer, na petição inicial, designação de audiência preliminar, a fim de justificar a posse, e, se comprovada esta, será nela mantido, liminarmente, até a decisão final da causa (art. 5.º, § 1.º, da Lei 6.969/1981). Porém, conforme anotam Theotonio Negrão e José Roberto F. Gouvêa, apontando jurisprudência, com a superveniência da Lei 8.951/1994, não se faz mais necessária a audiência de justificação de posse nessa ação de usucapião especial (*Código Civil...*, 2007, p. 1.489).

O autor da ação requererá ainda a citação pessoal daquele em cujo nome esteja transcrito o imóvel usucapiendo, bem como dos confinantes e, por edital, dos réus ausentes, incertos e desconhecidos, na forma do art. 232 do CPC (que trata da citação por edital), valendo a citação para todos os atos do processo (art. 5.º, § 2.º, da Lei 6.969/1981). Sem prejuízo dessa citação, serão cientificados por carta, para que manifestem interesse na causa, os representantes da Fazenda Pública da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios, no prazo de quarenta e cinco dias (art. 5.º, § 3.º, da Lei 6.969/1981). De acordo com o parágrafo seguinte, o prazo para contestar a ação correrá da intimação da decisão que declarar justificada a posse (art. 5.º, § 4.º, da Lei 6.969/1981). Por fim, como ocorre com as ações fundadas na usucapião ordinária e extraordinária, intervirá, obrigatoriamente, em todos os atos do processo, o Ministério Público (art. 5.º, § 5.º, da Lei 6.969/1981).

Dispõe o art. 6.º da Lei 6.969/1981 que o autor da ação de usucapião especial rural terá, se o pedir, o benefício da assistência judiciária gratuita, inclusive para o Registro de Imóveis. Em complemento, sendo provado que o autor tinha situação econômica bastante para pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo do sustento próprio e da família, o juiz lhe ordenará que pague, com correção monetária, o valor das isenções concedidas, ficando suspenso o registro da sentença até o pagamento devido (art. 6.º, parágrafo único, da Lei 6.969/1981).

Analisados os principais aspectos processuais da *usucapião especial rural*, nos termos da Lei 6.969/1981, é importante também discorrer sobre as questões de mesma natureza que constam da Lei 10.257/2001 (Estatuto da Cidade), relativas à *usucapião especial urbana*, seja individual (art. 9.º) ou coletiva (art. 10).

De acordo com o art. 11 da Lei 10.257/2001, na pendência da ação de usucapião especial urbana, ficarão sobrestadas quaisquer outras ações, petitórias ou possessórias, que venham a ser propostas relativamente ao imóvel usucapiendo. O que se percebe é que a ação de usucapião especial urbana tem prioridade em relação às demais demandas, o que está fundamentado na proteção da política urbana e, em certa medida, da moradia (art. 6.º, *caput*, da CF/1988).

São partes legítimas para a propositura dessa ação, nos termos do art. 12 do Estatuto da Cidade:

a) o possuidor, isoladamente ou em litisconsórcio, seja ele originário ou superveniente (posterior);
b) os possuidores, em composse;
c) a associação de moradores da comunidade, regularmente constituída, com personalidade jurídica e desde que explicitamente autorizada pelos representados, atuando como substituto processual.

Na ação de usucapião especial urbana, assim como ocorre com as demais ações de mesma natureza, é obrigatória a intervenção do Ministério Público (art. 12, § 1.º, da Lei 10.257/2001). O autor da ação terá os benefícios da justiça e da assistência judiciária gratuita, o que inclui o cartório de registro de imóveis (art. 12, § 2.º, da Lei 10.257/2001).

Por fim, dispõe o art. 14 do Estatuto da Cidade, já adaptado à realidade processual, que o rito a ser observado é o sumário (art. 275 e seguintes do CPC).

3.7.3 Do registro do título

O registro do título aquisitivo é a primeira forma derivada de aquisição da propriedade imóvel a ser estudada, nos termos dos arts. 1.245 a 1.247 do CC/2002. Trata-se de forma derivada, pois, conforme exposto, há uma intermediação entre pessoas e não um contato direto entre a pessoa e a coisa. Sendo forma derivada, o novo proprietário do bem é responsável pelas dívidas que recaem sobre a coisa, caso dos tributos. Quanto à compra e venda, uma das principais formas de transmissão *inter vivos*, há regra específica nesses termos, conforme o art. 502 do CC, a saber: "O vendedor, salvo convenção em contrário, responde por todos os débitos que gravem a coisa até o momento da tradição".

Nos termos do art. 108 da codificação privada, os contratos constitutivos ou translativos de direitos reais sobre imóveis devem ser feitos por escritura pública, se o imóvel tiver valor superior a trinta salários mínimos. A escritura pública é lavrada no Tabelionato de Notas, de qualquer local do País, não importando a localização do imóvel. Se o imóvel tiver valor igual ou inferior a trinta salários mínimos, está dispensada a escritura pública, podendo o contrato ser celebrado por instrumento particular, uma vez que, em regra, a forma é livre (art. 107 do CC), o que é consagração do *princípio da liberdade das formas*.

Esse esclarecimento inicial é útil para apontar que a escritura pública não serve para a aquisição da propriedade imóvel, sendo apenas uma formalidade que está no plano da validade dos contratos de constituição ou transmissão de bens (art. 104, inc. III, do CC – menção à forma prescrita e não defesa em lei).

O registro imobiliário, que se situa no plano da eficácia do contrato, é que gera a aquisição da propriedade imóvel, e deve ocorrer o Cartório de Registro de Imóveis do local de situação da coisa

(arts. 1.º, inc. IV, e 167 a 171 da Lei 6.015/1973 – Lei de Registros Públicos). Da mesma forma, prevê o art. 1.227 do CC de 2002 que “Os direitos reais sobre imóveis constituídos, ou transmitidos por atos entre vivos, só se adquirem com o registro no Cartório de Registro de Imóveis dos referidos títulos (arts. 1.245 a 1.247), salvo os casos expressos neste Código”. Um dos casos expressos no Código Civil, em que se dispensa o registro, é na sucessão hereditária, como se verá.

Em complemento ao que consta do art. 1.227, dispõe o art. 1.245 do atual Código que se transfere entre vivos a propriedade mediante o *registro do título translativo* no Registro de Imóveis. O atual Código Civil substitui a antiga menção à *transcrição do título* pelo termo destacado (arts. 531 a 534 do CC/1916). Tal registro gera uma presunção relativa de propriedade, conforme reconhece enunciado aprovado na *V Jornada de Direito Civil* (Enunciado n. 503).

Enquanto não se registrar o título translativo, o alienante continua a ser havido como dono do imóvel (art. 1.245, § 1.º, do CC). Além disso, enquanto não se promover, por meio de ação própria, a decretação de invalidade do registro, e o respectivo cancelamento, o adquirente continua a ser havido como dono do imóvel, o que é consagração da *teoria da aparência* (art. 1.245, § 2.º, do CC).

Complementando esse art. 1.245 do CC, na *I Jornada de Direito Civil* aprovou-se o Enunciado n. 87 CJF/STJ, prevendo que “Considera-se também título translativo, para fins do art. 1.245 do novo Código Civil, a promessa de compra e venda devidamente quitada (arts. 1.417 e 1.418 do CC e § 6.º do art. 26 da Lei 6.766/1979)”. O enunciado doutrinário ressalta a importância prática do compromisso de compra e venda, seja registrado ou não, para os fins de aquisição do domínio. O instituto merecerá estudo aprofundado em capítulo próprio da presente obra (Capítulo 7).

Segundo estabelecido no art. 1.246 do Código Civil Brasileiro, o registro é eficaz desde o momento em que se apresentar o título ao oficial do registro, e este o prenotar no protocolo. O dispositivo consagra o *princípio da prioridade*, também retirado da Lei de Registros Públicos, e que decorre da prenotação do título do protocolo do Cartório de Registro Imobiliário. Como bem observa Maria Helena Diniz:

> “Aquele que registrar primeiro o título aquisitivo terá a titularidade do domínio do imóvel; assim sendo, o título do segundo adquirente não terá eficácia, gerando tão somente a possibilidade de ação de perdas e danos contra o alienante, uma vez que mover uma reivindicatória seria bastante temerário, pois apenas sairia vencedor se conseguisse comprovar a falsidade do título e do registro do primeiro adquirente, e, enquanto não houver pronunciamento judicial declarando a invalidade do assento do título do primeiro adquirente e seu respectivo cancelamento (CC, art. 1.245, § 2.º), ele será o único proprietário do imóvel, e o registro feito pelo segundo adquirente será absolutamente ineficaz” (*Código Civil*..., 2005, p. 999).

Complementando, se o teor do registro não exprimir a verdade, poderá o interessado reclamar que se retifique ou anule (art. 1.247 do CC). Essa ação de *retificação* ou *anulação* demonstra que o registro pode ser alterado, havendo falsidade (art. 213 da Lei 6.015/1973). A ação de retificação corre perante a Vara de Registros Públicos, se houver, ou na Vara Cível. Cancelado o registro, poderá o proprietário reivindicar o imóvel, independentemente da boa-fé ou do título do terceiro adquirente, pois o registro traz presunção do domínio (art. 1.247, parágrafo único, do CC).

Constata-se que, após longo debate no Direito Brasileiro, que confrontou Pontes de Miranda e Clóvis do Couto e Silva, o Código Civil Brasileiro de 2002 adotou nesse comando o *sistema causal*, defendido pelo último. Assim, é possível afastar o registro imobiliário quando a sua causa não condiz com a realidade. Não se filiou, assim, ao *sistema abstrato*, pelo qual o registro se bastava

por si só, conforme defendia Pontes de Miranda.

De toda sorte, o comando deveria fazer concessões à boa-fé de terceiros e à teoria aparência, especialmente pelo fato de a atual codificação privada adotar a eticidade como um dos seus princípios. Sobre o tema, aliás, muito bem expôs Leonardo Brandelli em sua tese de doutorado defendida na Universidade Federal do Rio Grande do Sul, obra que será em breve publicada (BRANDELLI, Leonardo. *Aplicação*..., 2013).

A terminar o estudo do tema, por tudo o que consta do Código Civil e da Lei de Registros Públicos, são efeitos ou características decorrentes do registro imobiliário (DINIZ, Maria Helena. *Curso*..., 2007, v. 4, p. 134-135):

a) *Publicidade do ato* – pelo registro imobiliário é levado ao conhecimento geral o direito de propriedade daquele que consta da transcrição.

b) *Legalidade* – somente é efetuado o registro imobiliário se não houver irregularidades documentais.

c) *Força probante* – diante da fé pública decorrente do registro, há presunção relativa (*iuris tantum*) de pertencer a coisa à pessoa que transcreveu. A presunção é relativa, pois a lei possibilita a ação de anulação e retificação nos casos de fraude.

d) *Continuidade* – não havendo registro em nome do alienante da coisa, caso de um vendedor, não poderá ser registrado em nome do adquirente, caso do comprador. O registro, assim, é fato de continuidade da propriedade, quando há transmissão *inter vivos*, por força de um contrato.

e) *Obrigatoriedade* – nos termos do art. 1.245 do CC, o registro imobiliário é indispensável para a aquisição da propriedade imóvel, salvo as exceções previstas para a usucapião e a sucessão.

f) *Mutabilidade ou retificação* – o registro não é imutável, podendo ser modificado se não exprimir a realidade fática ou jurídica. Por isso é que é possível a ação de alteração ou retificação.

3.7.4 Da sucessão hereditária de bens imóveis

O direito hereditário ou sucessão constitui a forma de transmissão derivada da propriedade que se dá por ato *mortis causa*, em que o herdeiro legítimo ou testamentário ocupa o lugar do *de cujus* em todos os seus direitos e deveres.

Enuncia o art. 1.784 do Código Civil que, aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários. Houve alteração substancial quando ao dispositivo, pois o art. 1.572 do Código Civil de 1916 mencionava a transmissão do domínio e da posse aos herdeiros. Agora a menção é à herança, em sentido mais amplo e mais correto tecnicamente.

Surge aqui razão de importância quanto ao momento da morte, pois ocorrendo esta e sendo aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários. Trata-se da consagração da máxima *droit de saisine*. A expressão, segundo Jones Figueirêdo Alves e Mário Luiz Delgado, tem origem na expressão gaulesa *le mort saisit le vif*, pela qual "com a morte, a herança transmite-se imediatamente aos sucessores, independentemente de qualquer ato dos herdeiros. O ato de aceitação da herança, conforme veremos posteriormente, tem natureza confirmatória" (ALVES, Jones Figueirêdo; DELGADO, Mário Luiz. *Código Civil*..., 2005, p. 907).

As origens históricas do instituto são explicadas por Eduardo de Oliveira Leite, sendo pertinentes suas lições: "regra costumeira que era expressa pelo adágio aceito desde o século XIII em todos os lugares: 'Le mort saisit le vif' (O morto prende o vivo) ou por uma forma um pouco menos lapidar: 'Le mort saisit lê vif, son hoir pel plus proche, habile à lui succéder' (O morto prende o vivo, seu herdeiro mais próximo, hábil a lhe suceder). É um dos exemplos mais antigos de normas pertencendo

ao direito comum costumeiro" (*Comentários*..., 2004, v. XXI, p. 8).

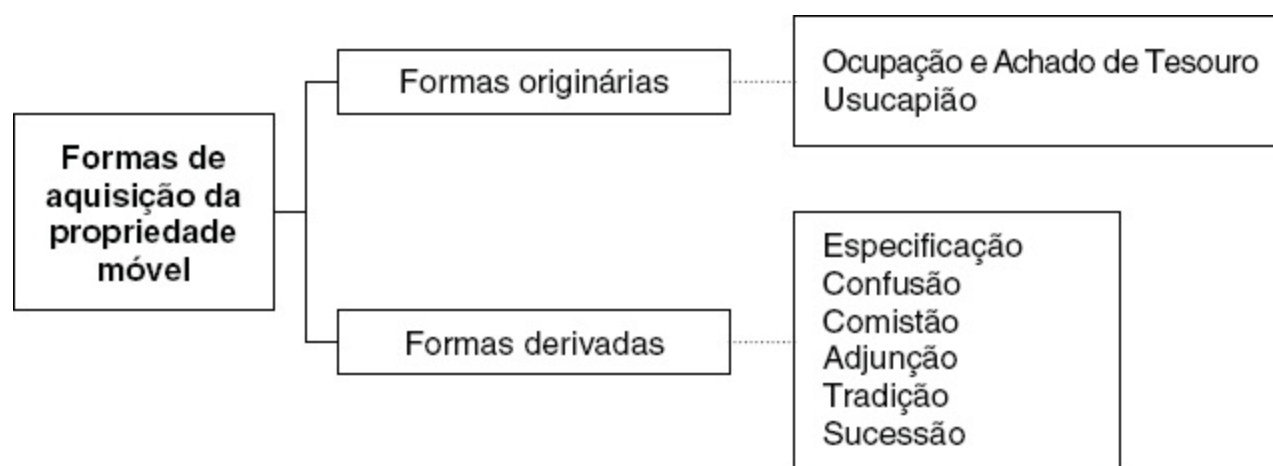
Nesse contexto, ocorre, no momento da morte, a *delação*, categoria pela qual os bens passam do patrimônio do falecido ao patrimônio dos herdeiros, os novos titulares do domínio. Esse é o período que *medeia* entre a abertura da sucessão e a aceitação ou renúncia da herança, como bem pondera Flávio Augusto Monteiro de Barros (MONTEIRO DE BARROS, Flávio. *Direito civil*..., 2004, v. 4, p. 186).

Observe-se que, com a mudança de redação do art. 1.784 do Código Civil, não se faz necessária a transcrição no registro de imóveis para que se verifique a transmissão da propriedade, pois o Código de 2002 insistiu "na sistemática da transmissão instantânea da propriedade dos bens hereditários aos herdeiros, legítimos ou testamentários. Mas não repetiu a disposição que estabelecia que os atos cuja transcrição era obrigatória só transferia a propriedade com ela. Assim, a discussão antes existente sobre o momento da transmissão da propriedade, criada com a vinda da Lei de Registros Públicos foi solucionada pelo novo Código Civil" (GAVIÃO DE ALMEIDA, José Luiz. *Código Civil*..., 2003, v. XVIII, p. 32).

Isso não significa dizer que a partilha dos bens não deva ser registrada no Registro de Imóveis, mas que não se debate mais qual é o exato momento de transmissão da propriedade, o que se dá com a morte do *de cujus* e não com o registro.

3.8 FORMAS DE AQUISIÇÃO DA PROPRIEDADE MÓVEL. FORMAS ORIGINÁRIAS E DERIVADAS

A aquisição da propriedade móvel representa a incorporação dos direitos de dono em um titular. Se de um lado uma pessoa adquire a propriedade de uma coisa móvel, por outro lado outra a perde, concomitantemente. Em conclusão, no presente ponto da matéria, a aquisição e a perda da propriedade são analisadas em um só momento.

O esquema a seguir demonstra quais são as formas originárias e derivadas da propriedade móvel, levando-se em conta os parâmetros outrora apontados:

Parte-se, então, ao estudo desses institutos, de forma pontual.

3.8.1 Da ocupação e do achado do tesouro (arts. 1.264 a 1.266 do CC). O estudo da descoberta (arts. 1.233 a 1.236 do CC)

Nos termos do art. 1.263 da codificação brasileira, aquele que assenhorear de coisa sem dono para logo lhe adquire a propriedade, não sendo essa *ocupação* defesa por lei. A pessoa que adquire um bem que não pertence a qualquer pessoa (res *nullius*), o faz de forma originária, por meio da *ocupação*.

A título de ilustração, a ocupação está presente nos casos envolvendo a caça e a pesca, nos termos do que prevê a Lei 5.197/1967 (proteção da fauna) e a Lei 11.959/2009 (que dispõe sobre a Política Nacional Sustentável da Aquicultura e Pesca). Sem prejuízo de todas as restrições constantes desses diplomas legislativos, não se pode esquecer que a ocupação desses bens não pode causar danos ambientais, nos termos do art. 225 da Constituição Federal e do que consta da Lei 6.938/1981 (Lei da Política Nacional do Meio Ambiente).

Exemplificando mais especificamente, aplicando a ideia de que a pesca é forma de ocupação e aquisição originária, o Superior Tribunal de Justiça entendeu pela não incidência do imposto de circulação de mercadorias em caso de transferência de insumos para a atividade pesqueira:

> "Tributário – ICMS – Cobrança – Fornecimento de insumos a barcos pesqueiros – Transferência do pescado para industrialização. I – Para que incida o ICMS é necessário que determinada mercadoria se transfira do patrimônio de uma pessoa para o de outra. II – O fornecimento, por determinada pessoa, de insumos, para funcionamento de barcos pesqueiros, que lhe pertencem, não é fato gerador de ICMS. III – Barco pesqueiro e simples instrumento que coleta matéria prima (*res nullius*) e a transfere a outras máquinas, que preparam o produto industrializado. IV – Se o barco e a máquina operatriz pertencem a um mesmo dono, a transferência do pescado não gera ICMS" (STJ, RMS 3.721/CE, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, 1.ª Turma, j. 17.10.1994, *DJ* 14.11.1994, p. 30.918).

Também pode ser objeto de ocupação a coisa abandonada por alguém, em virtude da *derrelição (res derelicta*). A título de exemplo pode ser citado o caso de alguém que encontra um cão abandonado por outrem, adquirindo a sua propriedade. Mas vale a ressalva, se o cão é perdido, a pessoa que o encontra não lhe adquire o domínio, até porque muitas vezes o dono o está procurando, com a estipulação de uma promessa de recompensa (arts. 854 a 860 do CC/2002). Como esclarece Orlando Gomes, a *coisa abandonada (res derelicta*) não se confunde com a *coisa perdida (res perdita*), pois "quem perde uma coisa não perde a sua propriedade; privado estará, enquanto não a encontrar, de exercer o domínio, mas, nem por isso, a coisa deixará de ter dono. Ocupação, portanto, só se realiza de coisa abandonada, nunca de coisa perdida. Haverá, neste caso, invenção" (GOMES, Orlando. *Direitos reais*..., 2004, p. 202). Atualizando esse último conceito, a *invenção* do Código de 1916 (arts. 603 a 606), no Código Civil de 2002, é tratada como *descoberta* (arts. 1.233 a 1.237).

Antes de estudar a *descoberta*, outrora denominada como *invenção*, é preciso analisar as regras que constam do Código Civil de 2002 sobre o *achado do tesouro* em propriedade particular, tema que também constava do Código Civil de 1916 (arts. 607 a 609).

O art. 1.264, 1.ª parte, do CC/2002 conceitua o tesouro como sendo o depósito antigo de coisas preciosas, oculto e de cujo dono não haja memória. Em suma e em tom didático, trata-se dos velhos tesouros tão almejados pelos piratas da Idade Moderna.

As regras relativas ao tesouro mantêm relação com a vedação do enriquecimento sem causa (arts. 844 a 886 do CC), sendo as seguintes:

1.ª *Regra: O tesouro será dividido por igual entre o proprietário do prédio e o que achá-lo casualmente* (art. 1.264, 2.ª parte, do CC). Em outras palavras, se alguém achou um tesouro na propriedade alheia sem querer, com boa-fé subjetiva, haverá divisão da coisa meio a meio. Ilustrando, pensemos o caso de um pedreiro que, realizando uma obra em terreno alheio, encontrou um baú cheio de diamantes. O baú deverá ser dividido com o dono do imóvel.

2.ª *Regra: O tesouro pertencerá por inteiro ao proprietário do prédio privado, se for achado por ele, ou em pesquisa que ordenou, ou por terceiro não autorizado* (art. 1.265 do CC). Se o próprio proprietário do imóvel achou a coisa, com exceção dos casos em que o tesouro é do interesse público, o tesouro será seu. O mesmo raciocínio vale nos casos em que o proprietário determinou que empregados ou prepostos realizassem a busca do baú de diamantes e os últimos o encontraram. Obviamente, neste último caso, os empregados ou prepostos serão remunerados de acordo com o contrato de prestação de serviços celebrado entre as partes, o que não tem relação com a aquisição do bem móvel. A ideia também é aplicada se aquele pedreiro achou o baú de diamantes já sabendo que ali poderia estar (ele tinha o mapa); ou seja, se ele agiu guiado pela má-fé para adquirir um bem móvel alheio, deverá entregá-lo ao dono do terreno.

3.ª *Regra: Se o tesouro for achado em terreno aforado, será dividido por igual entre o descobridor e o enfiteuta, ou será deste por inteiro quando ele mesmo seja o descobridor* (art. 1.266 do CC). Aqui nos parece que pecou o legislador ao fazer menção à enfiteuse, cuja instituição está proibida pelo Código Civil de 2002 (art. 2.038). Por um *cochilo*, o legislador perdeu a oportunidade de fazer menção a outros direitos reais sobre coisa alheia, caso da superfície. Para uma maior efetividade da norma, pode-se entender até pela aplicação da regra, por analogia, para o último instituto citado. Também para salvar o dispositivo, já que as enfiteuses tendem a desaparecer, deve-se concluir que o comando legal pode ser aplicado ao titular de domínio útil de terreno de marinha (ALVES, Jones Figueirêdo; DELGADO, Mário Luiz. *Código Civil*..., 2005, p. 630).

Consigne-se que todas as regras transcritas são aplicadas para os casos em que o tesouro é encontrado em propriedade privada. Se for encontrado em terreno público, por óbvio, será do Estado. A despeito das despesas e da remuneração daquele que encontrou, devem ser aplicadas as regras da gestão de negócios (arts. 861 a 875) e do enriquecimento sem causa (arts. 884 a 886).

Além disso, não se pode esquecer as regras previstas na Lei 3.924/1961, que trata dos monumentos arqueológicos e pré-históricos. Estabelece o art. 17 dessa lei que a posse e a salvaguarda dos bens de natureza arqueológica ou pré-histórica constituem, em princípio, direito imanente ao Estado.

Em havendo descoberta fortuita de quaisquer elementos de interesse arqueológico ou pré-histórico, histórico, artístico ou numismático, deverá ser imediatamente comunicada à Diretoria do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, ou aos órgãos oficiais autorizados, pelo autor do achado ou pelo proprietário do local onde tiver ocorrido (art. 18). A infringência dessa obrigação implicará a apreensão sumária do achado, sem prejuízo da responsabilidade do inventor pelos danos que vier a causar ao Patrimônio Nacional, em decorrência da omissão (art. 19).

Superadas as regras do tesouro, que raramente ocorrem na prática, é preciso abordar a antes citada *descoberta*, antiga *invenção*, que apesar de não gerar a aquisição da propriedade móvel, em regra, com os institutos aqui estudados mantêm importante relação.

Determina o art. 1.233 do CC/2002 que quem quer que ache coisa alheia perdida (*res perdita*), deverá restituí-la ao dono ou legítimo possuidor. A relação com a vedação do enriquecimento sem causa é cristalina. Eventualmente, se o descobridor da coisa não conhecer o dono, deverá tomar todas as medidas para encontrá-lo, guiado pela boa-fé. Se não o encontrar, entregará a coisa achada à autoridade competente (parágrafo único do art. 1.233 do CC).

No tocante aos procedimentos para a arrecadação e entrega da coisa de outrem, constam regras do Código de Processo Civil. Essas regras são especiais e seguem a jurisdição voluntária, constituindo capítulo relativo às *coisas vagas* (arts. 1.170 a 1.176 do CPC).

De acordo com o primeiro dispositivo processual citado, aquele que achar coisa alheia perdida,

não lhe conhecendo o dono ou legítimo possuidor, a entregará à autoridade judiciária ou policial, que a arrecadará, mandando lavrar o respectivo auto, dele constando a sua descrição e as declarações do inventor. Em complemento, a coisa, com o auto, será logo remetida ao juiz competente, quando a entrega tiver sido feita à autoridade policial ou a outro juiz (art. 1.170, parágrafo único, do CPC). Está esclarecido, portanto, quem é a *autoridade competente*, para quem a coisa deve ser recolhida.

Sendo depositada a coisa, o juiz mandará publicar edital, por duas vezes, no órgão oficial, com intervalo de dez dias, para que o dono ou legítimo possuidor a reclame (art. 1.171, *caput*, do CPC). O edital conterá a descrição da coisa e as circunstâncias em que foi encontrada (art. 1.171, § 1.º, do CPC). Tratando-se de coisa de pequeno valor, o edital será apenas afixado no átrio do edifício do fórum (art. 1.171, § 2.º, do CPC).

Essas normas procedimentais constantes do CPC são completadas por dois dispositivos do atual Código Civil.

O primeiro deles é o seu art. 1.236 do CC/2002, pelo qual a autoridade competente dará conhecimento da descoberta por meio da imprensa e de outros meios de informação, somente expedindo editais se o seu valor os comportar.

O segundo dispositivo é o art. 1.237 da atual codificação, ao enunciar que, decorridos sessenta dias da divulgação da notícia pela imprensa, ou do edital, não se apresentando quem comprove a propriedade sobre a coisa, será esta vendida em hasta pública e, deduzidas do preço as despesas, mais a recompensa do descobridor, pertencerá o remanescente ao Município em cuja circunscrição se deparou o objeto perdido.

Sendo de diminuto valor, poderá o Município abandonar a coisa em favor de quem a achou, hipótese em que o descobridor adquirirá a propriedade. O conceito do que seja bem de pequeno valor deve ser analisado caso a caso, como é a regra no Direito Privado Contemporâneo.

Eventualmente, comparecendo o dono ou o legítimo possuidor dentro do prazo do edital e provando o seu direito, o juiz, ouvido o órgão do Ministério Público e o representante da Fazenda Pública, mandará entregar-lhe a coisa (art. 1.172 do CPC). Se a coisa não for reclamada, será avaliada e alienada em hasta pública e, deduzidas do preço as despesas e a recompensa do descobridor, o saldo pertencerá, na forma da lei, à União, ao Estado ou ao Distrito Federal (art. 1.173 do CPC).

Se o dono preferir abandonar a coisa, ou seja, se a coisa perdida (*res perdita*) for convertida em abandonada (res *derelicta*), poderá o descobridor requerer que lhe seja adjudicada (art. 1.174 do CPC).

A norma processual preconiza, ainda, a aplicação desses mesmos procedimentos aos objetos deixados nos hotéis, oficinas e outros estabelecimentos, não sendo reclamados dentro de um mês (art. 1.175). Por fim, havendo fundada suspeita de que a coisa foi criminosamente subtraída, a autoridade policial converterá a arrecadação em inquérito; caso em que competirá ao juiz criminal mandar entregar a coisa a quem provar que é o dono ou legítimo possuidor (art. 1.176 do CPC).

Voltando à norma civil, prevê o art. 1.234 do Código que aquele que restituir a coisa achada terá direito a uma recompensa, que não pode ser inferior a cinco por cento (5%) do seu valor, e à indenização pelas despesas que houver feito com a conservação e transporte da coisa, se o dono não preferir abandoná-la. A referida recompensa é denominada *achádego*, pois decorre do ato de *achar*

coisa alheia. Como se vê pela parte final do dispositivo, não querendo o dono pagar a recompensa, poderá abandoná-la, como também autoriza a norma processual, hipótese em que o descobridor, como exceção, adquire a propriedade móvel.

Na determinação do montante do *achádego*, a lei civil dispõe que deve ser considerado o esforço desenvolvido pelo descobridor para encontrar o dono, ou o legítimo possuidor, as possibilidades que teria este de encontrar a coisa e a situação econômica de ambos (art. 1.234, parágrafo único, do CC). A recompensa deve ser fixada com equidade, cabendo análise caso a caso pelo juiz da causa onde ela será fixada.

Se por um lado o descobridor tem esse *bônus*, por outro também tem um *ônus*. Isso porque, nos termos do art. 1.235 do CC, responde ele pelos prejuízos causados ao proprietário ou possuidor legítimo quando tiver procedido com dolo. A norma é clara no sentido de que o descobridor somente responde por dolo, ou seja, havendo clara intenção de prejudicar, o que deve ser provado pela outra parte, nos termos do art. 333, inc. I, do CPC. Desse modo, o descobridor não responde por culpa em sentido estrito (imprudência, negligência ou imperícia), pois há presunção relativa de sua boa-fé, que não pode induzir à sua culpa *stricto sensu*.

3.8.2 Da usucapião de bens móveis (arts. 1.260 a 1.262 do CC). Aspectos materiais

Ao contrário do que se poderia imaginar, a usucapião não é forma originária de aquisição somente da propriedade imóvel, sendo também aplicada aos bens móveis. Assim sendo, há duas formas de usucapião de móveis, a *ordinária* (art. 1.260 do CC) e a *extraordinária* (art. 1.261 do CC).

Estabelece o primeiro dispositivo citado que aquele que possuir coisa móvel como sua, contínua e incontestadamente, durante três anos, com justo título e boa-fé, adquirir-lhe-á a propriedade. Esse era o menor prazo de usucapião previsto na lei brasileira. Todavia, com a introdução no Código Civil da nova modalidade de usucapião especial urbano por abandono do lar, o menor prazo passou a ser de dois anos (art. 1.240-A).

Seguindo no estudo da categoria em apreço, nos termos do art. 1.261 do CC/2002, se a posse da coisa móvel se prolongar por cinco anos, produzirá usucapião extraordinária, independentemente de título ou boa-fé.

Resumindo, percebe-se que são requisitos da *usucapião ordinária* de bens móveis:

a) Posse mansa, pacífica em com intenção de dono por três anos.
b) Justo título e boa-fé. Para a caracterização do que seja justo título, aqui também pode ser aplicado o Enunciado n. 86 CJF/STJ, aprovado na *I Jornada de Direito Civil*, pelo qual a expressão justo título, contida nos arts. 1.242 e 1.260 do CC/2002, abrange todo e qualquer ato jurídico hábil, em tese, a transferir a propriedade, independentemente de registro.

Por outra via, para a *usucapião extraordinária de bens móveis*, há apenas o requisito da posse de mansa, pacífica e com intenção de dono por cinco anos. Quanto ao justo título e à boa-fé, como ocorre com a usucapião extraordinária de bens imóveis, há uma presunção absoluta ou *iure et de iure* das suas presenças.

Deve ficar claro que as formas constitucionais ou especiais de usucapião imobiliária, obviamente, não se aplicam aos bens móveis.

Partindo para a exemplificação, a situação típica de usucapião mobiliária envolvia as linhas telefônicas, nos termos da Súmula 193 do STJ. Porém, como é notório, as linhas telefônicas perderam o valor de mercado de outrora, não tendo, em realidade, valor algum. Sendo assim, perdeu-se o interesse em sua usucapião.

Atualmente, são discutidas questões relativas à usucapião de veículos. Ilustrando, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul entendeu que, havendo inércia em caso envolvendo a alienação fiduciária em garantia, o veículo pode ser adquirido pelo devedor fiduciante, por meio da *usucapião extraordinária*:

"Apelação – Ação de usucapião de bem móvel – Artigo 1.261 do CC. Independentemente de justo título e boa-fé é possível deferir pretensão de aquisição originária da propriedade quando já implementado o prazo de cinco anos de posse direta decorrente de contrato de alienação fiduciária. A inércia da instituição financeira em reaver o bem de sua propriedade enseja o reconhecimento da posse *ad usucapionem*. Apelação desprovida. Unânime" (TJRS, Processo 70009337395, Data: 23.05.2006, Órgão julgador: 13.ª Câmara Cível, Juiz relator Walda Maria Melo Pierro, Origem: Comarca de Porto Alegre).

Mas, para o mesmo Tribunal, não há que se falar em usucapião mobiliária em caso de vigência de um contrato de arrendamento mercantil que está inadimplido, eis que a posse é tida como precária:

"Apelação cível – Ação de usucapião – Posse ordinária de bem móvel – Arrendamento mercantil – Posse precária – Não preenchimento dos requisitos do art. 1.260 do CC. Em que pese ter o apelante a posse do veículo por mais de três anos, não passa de uma posse precária, porquanto existente contrato de arrendamento mercantil entre as partes e inadimplido. De modo que não teria ele como exercer a posse com *animus domini*, porquanto possui apenas e tão somente a posse direta do veículo por força do contrato de arrendamento mercantil, na simples condição de arrendatário. Donde se conclui que não se pode reconhecer o usucapião. Recurso conhecido e improvido. Unânime" (TJRS, Processo 70013344296, Data: 08.06.2006, Órgão julgador: 13.ª Câmara Cível, Juiz relator Sergio Luiz Grassi Beck, Origem: Comarca de Caxias do Sul).

A mesma premissa foi aplicada pelo Superior Tribunal de Justiça, em recente julgado, assim publicado em seu *Informativo* n. *425*, em que o veículo objeto de alienação fiduciária foi transferido a terceiro:

"Usucapião. Veículo. Alienação fiduciária. A autora ajuizou contra o banco ação de usucapião de bem móvel, no caso um veículo adquirido em 1995 de um terceiro que o adquiriu mediante alienação fiduciária em garantia prestada em favor do banco réu. Desde a aquisição do bem, a autora exercia posse tranquila e de boa-fé como se fosse dona. Diante da inércia da instituição financeira, pleiteou o domínio do automóvel mediante declaração de prescrição aquisitiva. Em contestação, o réu alegou a impossibilidade da usucapião, tendo em vista que, sobre o automóvel, incide gravame de alienação fiduciária e remanesce, ainda, débito de aproximadamente R$ 40 mil. Então, o cerne da questão é saber se o automóvel que conta com gravame de alienação fiduciária em garantia e transferido a terceiro pode ser adquirido por usucapião. Para o Min. Relator, a transferência a terceiro de veículo gravado como propriedade fiduciária, à revelia do proprietário (credor), constitui ato de clandestinidade, incapaz de induzir posse (art. 1.208 do CC/2002), sendo, por isso mesmo, impossível a aquisição do bem por usucapião. De fato, em contratos com alienação fiduciária em garantia, sendo inerentes ao próprio contrato o desdobramento da posse e a possibilidade de busca e apreensão do bem, conclui-se que a transferência da posse direta a terceiros – porque modifica a essência do contrato, bem como a garantia do credor fiduciário – deve ser precedida de autorização. Diante disso, a Turma conheceu do recurso e lhe deu provimento para julgar improcedente o pedido deduzido na inicial. Precedente citado: REsp 844.098/MG, *DJe* 06.04.2009" (STJ, REsp 881.270/ RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 02.03.2010).

O raciocínio é diverso, por outra via, se não houver esse inadimplemento, havendo citação por edital dos supostos donos, que permaneceram inertes no caso concreto:

"Apelação cível – Ação de usucapião de bem móvel – Arrendamento mercantil. Preenchidos os requisitos do art. 1.261 do CC. Posse mansa e pacífica, pelo período de cinco anos, sem interrupção, com ânimo de dono. Citados os demandados, pessoalmente e por edital, deixaram passar em *albis* o prazo contestacional. Recurso conhecido e provido. Unânime" (TJRS, Processo 70014060115, Data:

08.06.2006, Órgão julgador: 13.ª Câmara Cível, Juiz relator Sergio Luiz Grassi Beck, Origem: Comarca de Alegrete).

Questão polêmica se refere à usucapião de veículo furtado, havendo acórdãos do Superior Tribunal de Justiça pela sua impossibilidade em caso envolvendo a usucapião ordinária: "Recurso especial – Usucapião ordinário de bem móvel – Aquisição originária – Automóvel furtado. Não se adquire por usucapião ordinário veículo furtado. Recurso especial não conhecido" (STJ, REsp 247.345/MG, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3.ª Turma, j. 04.12.2001, *DJ* 25.03.2002, p. 272). Entretanto, há quem entenda pela admissão da usucapião extraordinária, uma vez que cessa a violência no momento posterior à prática do ilícito, tendo início a partir daí a contagem do prazo legal (FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direitos reais*..., 2006, p. 344).

Superados os exemplos práticos e encerrando o estudo da usucapião de bens móveis, dispõe o art. 1.262 do Código Civil que deve ser aplicado à usucapião de bem móvel o constante nos arts. 1.243 e 1.244 da mesma codificação. Há, portanto, uma aplicação residual de duas regras relativas à usucapião de imóvel.

A primeira delas preconiza que o possuidor pode, para o fim de contar o tempo exigido pelos artigos antecedentes, acrescentar à sua posse a dos seus antecessores (art. 1.207), contanto que todas sejam contínuas, pacíficas e, no caso do art. 1.242, com justo título e de boa-fé (*accessio possessionis*).

A segunda regra é aquela que prevê que se estende ao possuidor o disposto quanto ao devedor acerca das causas que obstam, suspendem ou interrompem a prescrição, as quais se aplicam à usucapião, tanto imobiliária quanto mobiliária.

3.8.3 Da especificação (arts. 1.269 a 1.271 do CC)

Adentrando nas formas derivadas de aquisição da propriedade móvel, a especificação consiste na transformação da coisa em uma espécie nova, diante do trabalho do especificador, não sendo mais possível o retorno à forma anterior (art. 1.269 do CC). A forma de aquisição é derivada, pois há, em certo sentido, uma relação pessoal entre o dono da coisa anterior e o especificador, aquele que efetua o trabalho.

De toda sorte, como aponta Maria Helena Diniz, há quem entenda se tratar de forma de aquisição originária, como espécie de acessão, corrente seguida por José Fernando Simão em edições anteriores desta obra, quando em coautoria: "Há quem a considera como uma espécie de acessão, porém, não se pode acolher esse entendimento porque acessão requer união ou incorporação de uma coisa a outra, o que não ocorre na especificação, que é a transformação definitiva da matéria-prima em espécie nova, por meio de ato humano" (DINIZ, Maria Helena. *Curso*..., 2009, v. 4, p. 327).

Feito tal esclarecimento, a título de exemplos, há especificação nos casos da escultura em relação à pedra, da pintura em relação à tela, da poesia em relação ao papel. A modificação é substancial, pois surgiu espécie nova: a pedra agora é uma linda estátua, a tela é um belo quadro, o papel uma importante obra literária.

As regras de especificação também têm relação com a vedação do enriquecimento sem causa (arts. 884 a 886 do CC). Vejamos:

1.ª *Regra: A espécie nova surgida será de propriedade do especificador, se não for possível retornar à situação anterior* (art. 1.269 do CC). Essa é a regra fundamental e geral da especificação. A norma se justifica, pois há uma alteração substancial da coisa, o que faz com que, por uma reação física, surja outra. Em reforço, pode-se afirmar que o trabalho de alteração é considerado principal, enquanto que a matéria-prima é acessória, razão pela qual a atuação do especificador deve prevalecer. De qualquer maneira, pelo que consta do art. 1.271 do CC, o especificador deverá indenizar o valor da matéria-prima ao seu dono.

2.ª *Regra: Se toda a matéria-prima for alheia e não se puder reduzir à forma precedente, será do especificador de boa-fé a espécie nova* (art. 1.270 do CC). Imagine-se o exemplo de um escultor que encontra uma pedra sabão em uma das ruas de Ouro Preto, elaborando uma linda escultura de um profeta de Aleijadinho. Após elaborar o trabalho, o escultor (especificador) vem a descobrir que a pedra é de terceiro. Nesse caso, a escultura será sua, pois agiu de boa-fé. Entretanto, o escultor deverá indenizar o dono da pedra pelo seu valor, o que veda o enriquecimento sem causa, em relação à matéria-prima.

3.ª *Regra: Sendo praticável, ou melhor, possível a redução ao estado anterior; ou quando impraticável, se a espécie nova se obteve de má-fé, pertencerá ao dono da matéria-prima* (art. 1.270, § 1.º, do CC). Como a má-fé induz à culpa, não poderá o especificador que age por ela guiado adquirir a propriedade do produto da transformação. Desse modo, o dono da coisa nova será o proprietário da matéria-prima. Em complemento, para o caso em que é impraticável a volta ao estado anterior, prevê o art. 1.271 do CC que o especificador de má-fé não terá direito sequer à indenização pelo trabalho. A punição em relação à má-fé, portanto, não é branda.

4.ª *Regra: Em qualquer caso, inclusive no da pintura em relação à tela, da escultura, escritura e outro qualquer trabalho gráfico em relação à matéria-prima, a espécie nova será do especificador, se o seu valor exceder consideravelmente o da matéria-prima* (art. 1.270, § 2.º, do CC). Esse excesso considerável deve ser analisado caso a caso, levando-se em conta o valor de mercado da matéria-prima (que também pode ser relevante) e a grandiosidade do trabalho efetuado. Também aqui, pelo que consta do art. 1.271 do CC, o especificador que adquire a coisa nova deverá indenizar o dono da matéria-prima pelo seu valor.

3.8.4 Da confusão, da comistão e da adjunção (arts. 1.272 a 1.274 do CC)

Antes de mais nada, interessante esclarecer que consta em muitos Códigos publicados a expressão *comissão*, quando o certo é *comistão* (Seção IV, Capítulo III, Título III, do Livro do Direito das Coisas, antes do art. 1.272 do CC). Na realidade, houve um erro gráfico na elaboração final do Código Civil, o que se pretende corrigir pelo antigo Projeto de Lei 6.960/2002 (Projeto Ricardo Fiuza), reproposto com o número 699/2011 (ALVES, Jones Figueirêdo; DELGADO, Mário Luiz. *Código Civil*..., 2005, p. 633).

Pois bem, os três institutos jurídicos por igual constituem formas derivadas de aquisição da propriedade móvel e estão presentes quando coisas pertencentes a pessoas diversas se misturam de tal forma que é impossível separá-las (DINIZ, Maria Helena. *Curso*..., 2009, v. 4, p. 327-329). Ressalve-se a opinião de José Fernando Simão que, a exemplo do que ocorre com a especificação, entende pelo enquadramento dos institutos como formas de aquisição originária.

Vejamos, pontualmente:

a) *Confusão* – mistura entre coisas líquidas (ou mesmo de gases), em que não é possível a separação. Para uma melhor categorização jurídica, pode ser conceituada como *confusão real*, pois relativa à propriedade móvel. A denominação é importante para diferenciar o instituto da *confusão obrigacional*, forma de pagamento indireto em que se confundem, na mesma pessoa, as qualidades de credor e de devedor (arts. 382 a 384 do CC). São exemplos de *confusão real* as misturas de água e vinho; de álcool e gasolina; de biodiesel e gasolina; de nitroglicerina (TNT). Como se pode perceber, as espécies confundidas podem ser iguais ou não.

b) *Comistão* – mistura de coisas sólidas ou secas, não sendo possível a separação. Exemplos: misturas de areia e cimento; misturas de cereais de safras diferentes, não sendo possível identificar a origem.

c) *Adjunção* – justaposição ou sobreposição de uma coisa sobre outra, sendo impossível a separação. Exemplos: tinta em relação à parede; selo valioso em álbum de colecionador.

Segundo o que consta dos arts. 1.272 a 1.274 da codificação, há regras relativas aos institutos, que

devem ser observadas diante da vedação do enriquecimento sem causa.

1.ª *Regra: As coisas pertencentes a diversos donos, confundidas, misturadas ou adjuntadas sem o consentimento deles, continuam a pertencer-lhes, sendo possível separá-las sem deterioração* (art. 1.272, *caput*, do CC/2002). Em suma, sendo possível retornar ao estado anterior (*status quo ante*), sem que isso desvalorize as coisas misturadas, esse é o caminho a ser percorrido. Por óbvio que no caso exemplificado da nitroglicerina haverá um risco substancial a evitar esse retorno à situação anterior.

2.ª *Regra: Não sendo possível a separação das coisas, ou exigindo dispêndio excessivo, permanece o estado de indivisão, cabendo a cada um dos donos quinhão proporcional ao valor da coisa com que entrou para a mistura ou agregado* (art. 1.272, § 1.º, do CC). Cada um dos proprietários dos bens móveis terá direito ao valor que corresponder ao seu quinhão. Como não é possível determinar um quinhão real, procura-se um quinhão ideal. Nesses casos, se uma das coisas puder ser considerada como principal, o dono desse principal será o dono do todo, indenizando os demais pelos valores que corresponderem aos seus quinhões (art. 1.272, § 2.º, do CC). A ilustrar, havendo mistura de areia com cimento e sendo impossível o retorno ao estado anterior, o dono da parte mais valiosa (do cimento), considerado como principal, ficará com o todo, devendo indenizar o dono do acessório (areia). O que se denota é a aplicação do princípio de que o acessório segue o principal (*acessorium sequitur principale*).

3.ª *Regra: Se a confusão, comissão ou adjunção se operou de má-fé, à outra parte que estiver de boa-fé caberá escolher entre: a) adquirir a propriedade do todo, pagando o que não for seu, abatida a indenização que lhe for devida, ou b) renunciar ao que lhe pertencer, caso em que será indenizado de forma integral* (art. 1.273 do CC/2002). A norma tem a sua razão de ser, punindo o proprietário que agiu de má-fé no ato de misturar, o que induz à sua culpa. Por isso é que são colocadas à disposição do proprietário de boa-fé duas opções, de acordo com a sua livre vontade.

4.ª *Regra: "Se da união de matérias de natureza diversa se formar espécie nova, à confusão, comissão ou adjunção aplicam-se as normas dos arts. 1.272 e 1.273*" (art. 1.274 do CC). É o caso que da mistura de minerais surja um novo. Aqui, houve um erro de digitação na literalidade da norma, pois o dispositivo manda aplicar os arts. 1.272 e 1.273 da norma geral privada. Na verdade, como há o surgimento de uma espécie nova, o caso é de especificação, devendo ser aplicados os arts. 1.270 e 1.271 do CC (ALVES, Jones Figueirêdo; DELGADO, Mário Luiz. *Código Civil...*, 2005, p. 632).

3.8.5 Da tradição

Como apontado quando do estudo da posse, a tradição (*traditio rei*) consiste na entrega da coisa ao adquirente, com a intenção de lhe transferir a sua propriedade. Conforme determina o *caput* do art. 1.267 do Código Civil, a propriedade das coisas não se transfere pelos negócios jurídicos antes da tradição. A concretizar na prática, contratos como a compra e venda e a doação, por si só, não têm o condão de gerar a aquisição da propriedade móvel, o que somente ocorre com a entrega da coisa.

Vale relembrar, mais uma vez, que a tradição pode ser:

a) *Tradição real* – é aquela que se dá pela entrega efetiva ou material da coisa.
b) *Tradição simbólica* – ocorre quando há um ato representativo da transferência da coisa. Exemplo ocorre na *traditio longa manu*, em que a coisa a ser entregue é colocada à disposição da outra parte.
c) *Tradição ficta* – é aquela que se dá por presunção, como ocorre na *traditio brevi manu*, em que o possuidor possuía em nome alheio e agora passa a possuir em nome próprio; e no constituto possessório, em que o possuidor possuía em nome próprio e passa a possuir em nome alheio.

Essa classificação da tradição, que interessa tanto à posse quanto à propriedade, pode ser retirada do parágrafo único do art. 1.267 do CC/2002, pelo qual se subentende a tradição:

– Quando o transmitente continua a possuir pelo constituto possessório (*tradição ficta*).
– Quando o transmitente cede ao adquirente o direito à restituição da coisa, que se encontra em poder de terceiro (tradição simbólica – *traditio longa manu*).
– Quando o adquirente já está na posse da coisa, por ocasião do negócio jurídico (tradição ficta – *tradição brevi manu*).

O art. 1.268 do Código trata da alienação *a non domino*, quer dizer, aquela realizada por quem não é o dono da coisa móvel. Nessas situações, a tradição não aliena a propriedade, exceto se a coisa, oferecida ao público, em leilão ou estabelecimento comercial, for transferida em circunstâncias tais que, ao adquirente de boa-fé, como a qualquer pessoa, o alienante se afigurar dono.

De início, o dispositivo deixa claro que o caso é de ineficácia da venda, atingindo o terceiro degrau da *Escada Ponteana*. Não se pode dizer que o caso é de invalidade (segundo degrau), pois não há previsão de que o negócio seja nulo ou anulável, nos arts. 166, 167 ou 171 do CC/2002. O próprio Superior Tribunal de Justiça assim entendeu ainda na vigência do Código Civil de 1916:

> "Direito civil – Venda *a non domino* – Validade da escritura entre as partes – Art. 145, CC – Ineficácia em relação ao *verus dominus* – Recurso provido. I – A compra e venda de imóvel *a non domino* não é nula ou inexistente, sendo apenas ineficaz em relação ao proprietário, que não tem qualidade para demandar a anulação da escritura não transcrita. II – Os atos jurídicos são nulos nos casos elencados no art. 145, CC" (STJ, REsp 39.110/MG, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, 4.ª Turma, j. 28.03.1994, *DJ* 25.04.1994, p. 9.260).

Por outra via, se alguém adquiriu o bem de boa-fé, esta deve prevalecer sobre a ineficácia decorrente da venda *a non domino*. Em suma, em se tratando de bens móveis, a lei faz concessões à teoria da aparência e à eticidade, o que, infelizmente e como visto, não ocorre com os bens imóveis.

A boa-fé que consta do *caput* do art. 1.268 do CC/2002, na opinião deste autor, é a contratual ou objetiva, uma vez que essa boa-fé tem sido reconhecida como preceito de ordem pública, a prevalecer até sobre os casos de nulidade absoluta. Aqui, vale dizer, a prevalência é sobre a ineficácia negocial. A ideia de que a boa-fé objetiva é preceito de ordem pública foi recepcionada na *IV Jornada de Direito Civil*, com a aprovação do Enunciado n. 363 CJF/STJ, estabelecendo que "Os princípios da probidade e da confiança são de ordem pública, estando a parte lesada somente obrigada a demonstrar a existência da violação". Em conclusão, essa boa-fé é a objetiva e não a subjetiva, pois houve um negócio jurídico patrimonial de aquisição onerosa do bem, que acaba prevalecendo no caso concreto.

Em continuidade, o § 1.º do art. 1.268 do CC/2002 constitui novidade parcial, prevendo que se o adquirente estiver de boa-fé e o alienante adquirir depois a propriedade, considera-se realizada a transferência desde o momento em que ocorreu a tradição. O dispositivo está a consagrar que a venda *a non domino*, inicialmente ineficaz, passa a ter eficácia plena, diante da presença da boa-fé e da aquisição superveniente por parte do alienante. A relação com a conservação dos negócios jurídicos é clara, sendo pertinente lembrar que na *I Jornada de Direito Civil* foi aprovado enunciado relacionando essa conservação à função social dos contratos (Enunciado n. 22).

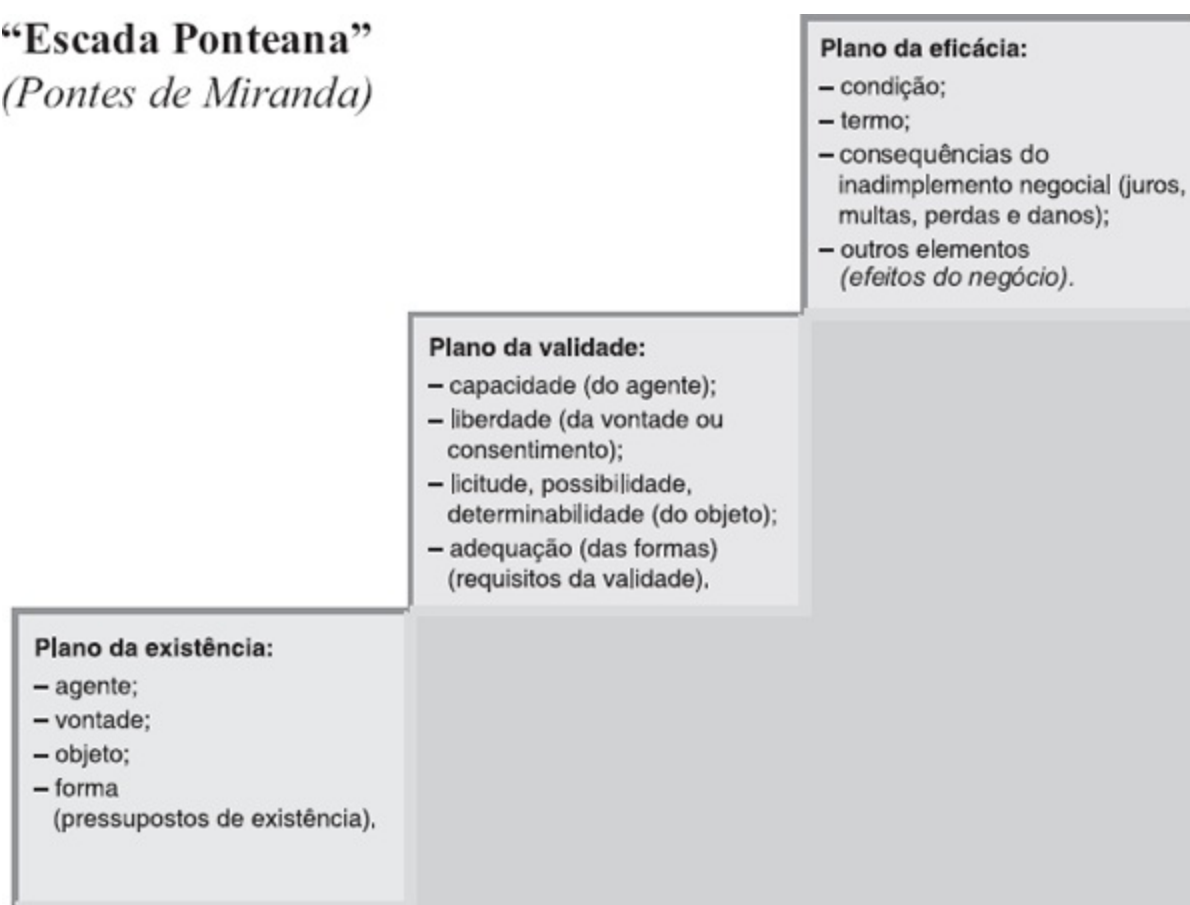
A título de exemplo, se alguém vende um veículo pensando que a propriedade já lhe pertence, o que é um engano, haverá uma venda *a non domino* e, portanto, um negócio ineficaz. Mas, se o veículo foi adquirido de boa-fé e havendo a transferência posterior o ato se torna plenamente eficaz. Deve-se entender que essa eficácia superveniente tem efeitos *ex tunc* (retroativos), até a data da celebração do negócio original, uma vez que há uma confirmação posterior.

É pertinente esclarecer que a inovação do Código Civil de 2002 se refere à redação, pois o art. 622, *caput*, do CC/1916 falava em revalidação do ato. Ora, como antes exposto, a questão não envolve o plano da validade, mas o plano da eficácia. Ademais, confrontando-se dos dois comandos

legais, o atual é mais abrangente, eis que a lei anterior não previa de forma tão clara a proteção da boa-fé, a tornar o ato eficaz.

A encerrar o estudo da tradição como forma de aquisição da propriedade móvel, enuncia o § 2.º do art. 1.268 da codificação que não transfere a propriedade a tradição, quando tiver por título um negócio jurídico nulo. Obviamente, se houver nulidade absoluta do título ou negócio que dá fundamento à tradição, não há que se falar em transmissão.

O dispositivo também mantém relação com o *modo ponteano* de encarar o Direito Civil. Como se sabe, Pontes de Miranda dividiu o negócio jurídico em três planos: plano da existência, plano da validade e plano da eficácia (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado*..., 1974, t. 3, 4 e 5).

Essa divisão é esquematizada em um desenho gráfico na forma de uma escada, daí a utilização da expressão *Escada Ponteana* ou *Pontiana*:

O esquema é perfeitamente lógico, pois para que um negócio gere efeitos, é preciso que exista e que seja válido. Para que um negócio seja válido é preciso que exista. Em alguns casos até é possível que um negócio inválido gere efeitos, caso da presença de um vício do consentimento, não tendo sido proposta a ação anulatória. Aliás, o ato inválido pode passar a ser válido por meio da *convalidação*.

Mas onde se situa a tradição dentro desse esquema lógico do negócio jurídico? No plano da eficácia, em regra, como ocorre com o registro imobiliário. A título de ilustração, em casos envolvendo a compra e venda de bens móveis e imóveis, a tradição e o registro estão no *último degrau* desses atos, respectivamente. Entretanto, vale dizer que nos casos de contratos reais, como

ocorre no comodato, no mútuo, no depósito e no contrato estimatório, a tradição está no plano da validade, pois tais contratos somente têm aperfeiçoamento com a entrega da coisa.

Em tom de conclusão, em havendo um problema no *segundo degrau da Escada Ponteana* (problema de validade do título), não há como chegar ao *terceiro degrau* (eficácia, tradição). Sendo nulo o contrato, também será nula a tradição. Admitindo-se, eventualmente, a convalidação do negócio (como ocorre na conversão do negócio nulo, art. 170 do CC), a tradição, anteriormente ineficaz, passa a ser eficaz.

3.8.6 Da sucessão hereditária de bens móveis

Pelo que consta do art. 1.784 do CC/2002, o direito sucessório também pode gerar a aquisição derivada da propriedade móvel, seja a sucessão legítima ou testamentária em sentido genérico (testamento, legado ou codicilo). Valem os comentários que foram feitos anteriormente para a aquisição de bens imóveis.

3.9 DA PERDA DA PROPRIEDADE IMÓVEL E MÓVEL

Sem prejuízo dos casos aqui analisados, em que ocorre de forma concomitante a aquisição e a perda da propriedade, seja imóvel ou móvel, o art. 1.275 do Código Civil elenca outras hipóteses de perda da propriedade, a saber:

a) *Pela alienação* – consiste na transmissão do direito de propriedade de um patrimônio a outro, como ocorre nos contratos de compra e venda, de troca ou permuta e no de doação. Em casos envolvendo imóveis, há necessidade do registro no Cartório de Registro Imobiliário (CRI), eis que o contrato traz apenas efeitos pessoais ou obrigacionais. Quanto aos móveis, é necessária a tradição (art. 1.267 do CC/2002).

b) *Pela renúncia* – constitui o ato unilateral pelo qual o proprietário declara, de forma expressa, a sua vontade de abrir mão de seu direito sobre a coisa. Aqui, é importante lembrar que a *renúncia*, ato unilateral, não se confunde com a *remissão*, ato bilateral que constitui o perdão de uma dívida, forma de pagamento indireto (arts. 385 a 388 do CC). Outro ponto distintivo refere-se ao fato de que a renúncia não necessariamente está relacionada com o Direito das Obrigações, podendo estar situada dentro do Direito das Coisas. O tema da renúncia à propriedade ainda merecerá aprofundamentos em outros capítulos da presente obra.

c) *Por abandono* – o proprietário deixa a coisa com a intenção de não mais tê-la consigo, surgindo o conceito de *res derelicta*, diante da *derrelição*. Surgindo a coisa abandonada, qualquer pessoa pode adquiri-la, seja por meio da ocupação (bem móvel), seja por meio da usucapião (bem móvel ou imóvel), sendo que ambas são formas de aquisição originária. Quanto ao abandono de imóvel, merecerá estudo aprofundado o que consta do art. 1.276 do Código Civil em vigor.

d) *Por perecimento da coisa* – constitui a perda do objeto, como no caso em que uma pessoa que está em um navio deixa cair uma joia em alto-mar.

e) *Por desapropriação* – o Código Civil de 2002 trata tanto da desapropriação para fins de necessidade e interesse público (art. 1.228, § 3.º), quanto daquela desapropriação no interesse privado, diante da posse-trabalho (art. 1.228, §§ 4.º e 5.º). Sem prejuízo disso, é importante dizer que o art. 8.º da Lei 10.257/2001 (Estatuto da Cidade) trata da desapropriação pelo não atendimento da função social da propriedade urbana, no contexto da política urbana, e diante do não pagamento do Imposto Predial e Territorial Urbano (IPTU) progressivo. É a redação do dispositivo: "Decorridos cinco anos de cobrança do IPTU progressivo sem que o proprietário tenha cumprido a obrigação de parcelamento, edificação ou utilização, o Município poderá proceder à desapropriação do imóvel, com pagamento em títulos da dívida pública".

Pois bem, seguindo em certo ponto o fundamento da última norma do Estatuto da Cidade, o Código Civil de 2002 alterou substancialmente o instituto referente à possibilidade de perda da propriedade imóvel pelo abandono do imóvel, conforme o seu art. 1.276, cuja redação é a seguinte:

> “Art. 1.276. O imóvel urbano que o proprietário abandonar, com a intenção de não mais o conservar em seu patrimônio, e que se não encontrar na posse de outrem, poderá ser arrecadado, como bem vago, e passar, três anos depois, à propriedade do Município ou à do Distrito Federal, se se achar nas respectivas circunscrições.
>
> § 1.º O imóvel situado na zona rural, abandonado nas mesmas circunstâncias, poderá ser arrecadado, como bem vago, e passar, três anos depois, à propriedade da União, onde quer que ele se localize.
>
> § 2.º Presumir-se-á de modo absoluto a intenção a que se refere este artigo, quando, cessados os atos de posse, deixar o proprietário de satisfazer os ônus fiscais”.

Pela leitura do comando legal percebe-se que o *caput* do dispositivo consagra o abandono do imóvel urbano, que pode ser arrecadado como vago e após três anos passará à propriedade do Município ou do Distrito Federal onde estiver situado. A inovação é substancial, pois o prazo antes previsto para o abandono de imóvel urbano era de dez anos (art. 589 do CC de 1916).

Já no caso de imóvel rural o prazo foi mantido, passando o bem à propriedade da União. Note-se que o *critério da localização* é o norte fundamental para a destinação final do bem imóvel abandonado.

Mas a principal inovação, tão criticada e comentada, consta do § 2.º do dispositivo, ao prever a presunção absoluta do abandono de imóvel (*iure et de iure*), no caso de não pagamento dos ônus fiscais pelos citados três anos, caso do IPTU, a título de exemplo.

Há quem veja flagrante inconstitucionalidade no último dispositivo, caso do Professor Titular da USP Carlos Alberto Dabus Maluf. São suas as seguintes palavras:

> “É de causar espécie a possibilidade de ser considerado abandonado o imóvel cujo proprietário não venha pagando os impostos sobre ele devidos, uma vez que a inadimplência pode ter como causa, inclusive, a discussão, administrativa ou judicial, dos valores lançados, ou mesmo motivos de força maior, sendo tal possibilidade um autêntico confisco, vedado pela CF/1988, que assegura, também, o direito de propriedade maculado por essa hipótese” (*Novo Código Civil...*, 2004, p. 1.166).

Comenta mais o doutrinador, que o PL 6.960/2002 (atual PL 699/2011) pretende extinguir a presunção absoluta referenciada pelo dispositivo. Pelo projeto de lei a presunção passaria de absoluta (*iure et de iure*) para relativa (*iuris tantum*). A proposta já foi inicialmente aprovada pelo Deputado Vicente Arruda, revisor do primeiro projeto legislativo na Comissão de Justiça da Câmara dos Deputados. Em nossa opinião, realmente, a menção à presunção relativa é mais interessante, pois, assim, cabe análise casuística das hipóteses fáticas.

Entretanto, mesmo com a redação atual, acredita-se que é possível *salvar* o dispositivo, pelas interpretações que a ele foram dadas nas *Jornadas de Direito Civil*.

De início, na *III Jornada de Direito Civil* (2004) foi aprovado o Enunciado n. 242 CJF/STJ, determinando que “A aplicação do art. 1.276 depende do devido processo legal, em que seja assegurado ao interessado demonstrar a não cessação da posse”. Pelo teor da recomendação doutrinária a caracterização do abandono de imóvel não pode ser automática, havendo a necessidade de um processo judicial para a sua declaração. Nessa demanda deve ser assegurado o direito à ampla defesa e ao contraditório, que também são direitos fundamentais. O autor do enunciado, que merece aplausos, é o Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro Marco Aurélio Bezerra de Melo.

Também do mesmo autor e *Jornada*, prescreve o Enunciado n. 243 CJF/STJ que “A presunção de que trata o § 2.º do art. 1.276 não pode ser interpretada de modo a contrariar a norma-princípio do

art. 150, IV, da Constituição da República”. Nas palavras do seu proponente:

> “Não se pode entender que o inadimplemento dos ônus fiscais já caracteriza o abandono, pois assim poder-se-ia entender que estaríamos diante de uma regra inconstitucional por ofender o artigo 150, IV, da Constituição Federal que prevê entre as limitações ao poder de tributar a regra segundo a qual ao Estado é defeso ‘utilizar tributo com efeito de confisco’. Para a correta aplicação, é fundamental que se entenda o abandono como um fato jurídico pelo qual a pessoa se despoja voluntariamente de um bem. Apenas após a ocorrência do referido fato é que surgirá mais um dado a confirmar o abandono, qual seja: o não recolhimento dos tributos que incidam sobre o imóvel” (MELO, Marco Aurélio Bezerra de. *Direito das coisas*..., 2007, p. 178).

Tem razão o doutrinador fluminense, pois se deve encarar o art. 1.276 do CC sob o prisma do ato de abandono e não pelo não recolhimento do tributo em si. A questão se refere à categorização jurídica, que não se enquadra no art. 150, inc. IV, do Texto Maior. Em poucas palavras, é forçoso deduzir que o dispositivo não prevê o confisco de bens imóveis.

Seguindo no estudo do abandono, na *IV Jornada de Direito Civil* (2006) aprovou-se o Enunciado n. 316 CJF/STJ, na literalidade: “Eventual ação judicial de abandono de imóvel, caso procedente, impede o sucesso de demanda petitória”. Dessa forma, tendo sido julgada procedente a exigida ação judicial para o reconhecimento do abandono, não há que se falar na procedência da ação reivindicatória proposta pelo antigo proprietário, que quer a coisa. Isso porque, por razões óbvias, as ações são incompatíveis entre si.

Por derradeiro, cabe destacar a aprovação de enunciado polêmico quando da *VI Jornada de Direito Civil*, evento promovido pelo Conselho da Justiça Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça no ano de 2013. Preceitua o Enunciado n. 565 que “não ocorre a perda da propriedade por abandono de resíduos sólidos, que são considerados bens socioambientais, nos termos da Lei n. 12.305/2012”. De acordo com as suas justificativas, “a Lei n. 12.305/2012, ao prever, no art. 6.º, VIII, que o resíduo sólido consiste em bem ‘econômico e de valor social, gerador de trabalho e renda e promotor de cidadania’, impõe deveres ao proprietário, vedando que dos resíduos disponha de forma inadequada. Assim, tendo em vista os valores incidentes na tutela dos bens socioambientais, afasta-se a possibilidade de abandono de resíduos sólidos, que devem ter a destinação final ambientalmente adequada, com disposição final em aterro”.

O enunciado é polêmico por proibir o abandono irregular de tais bens, forçando o proprietário a permanecer com eles. Por outra via, trata-se de importante aplicação do princípio da função socioambiental da propriedade, que merece a atenção de todos os estudiosos do Direito Privado.

RESUMO ESQUEMÁTICO

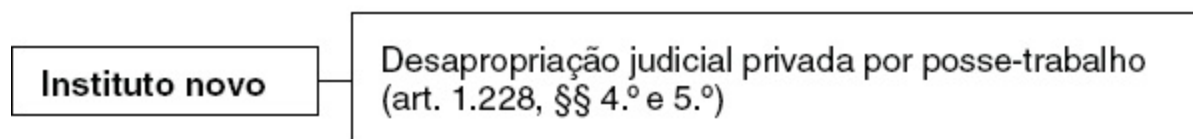
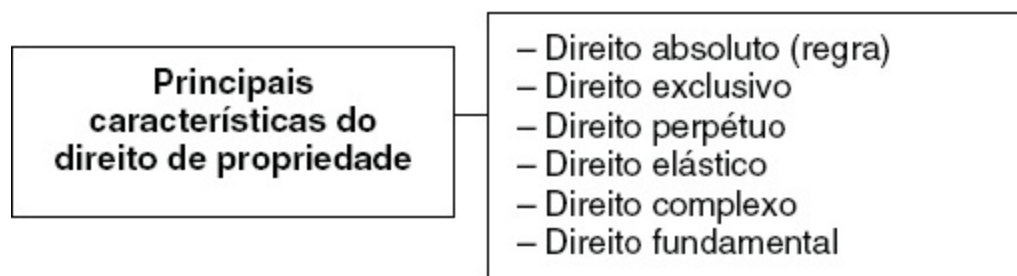
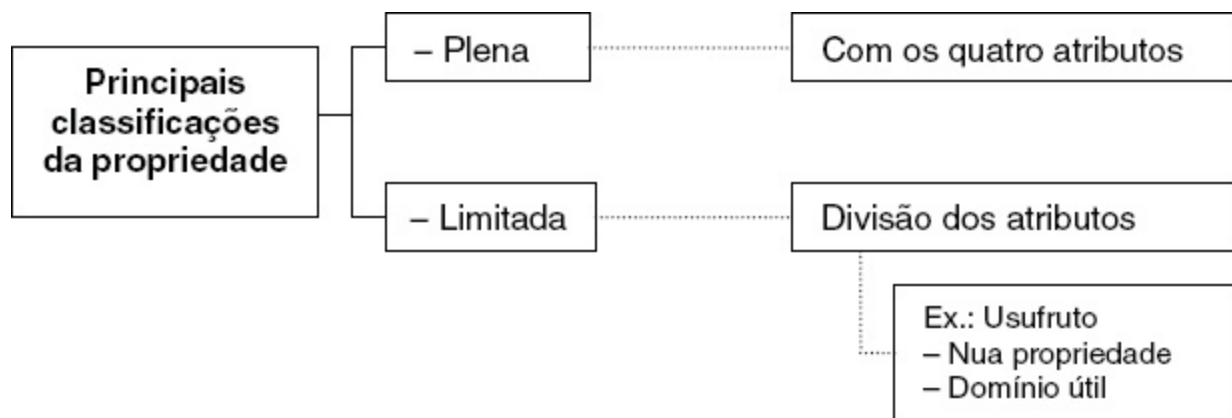
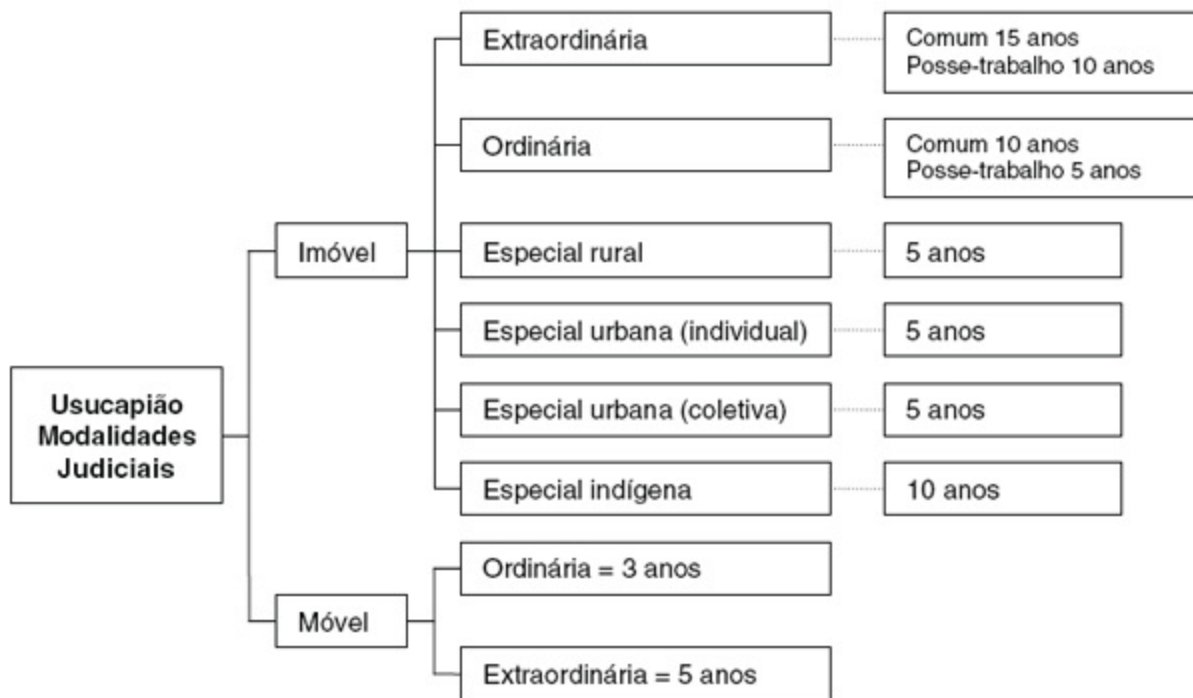
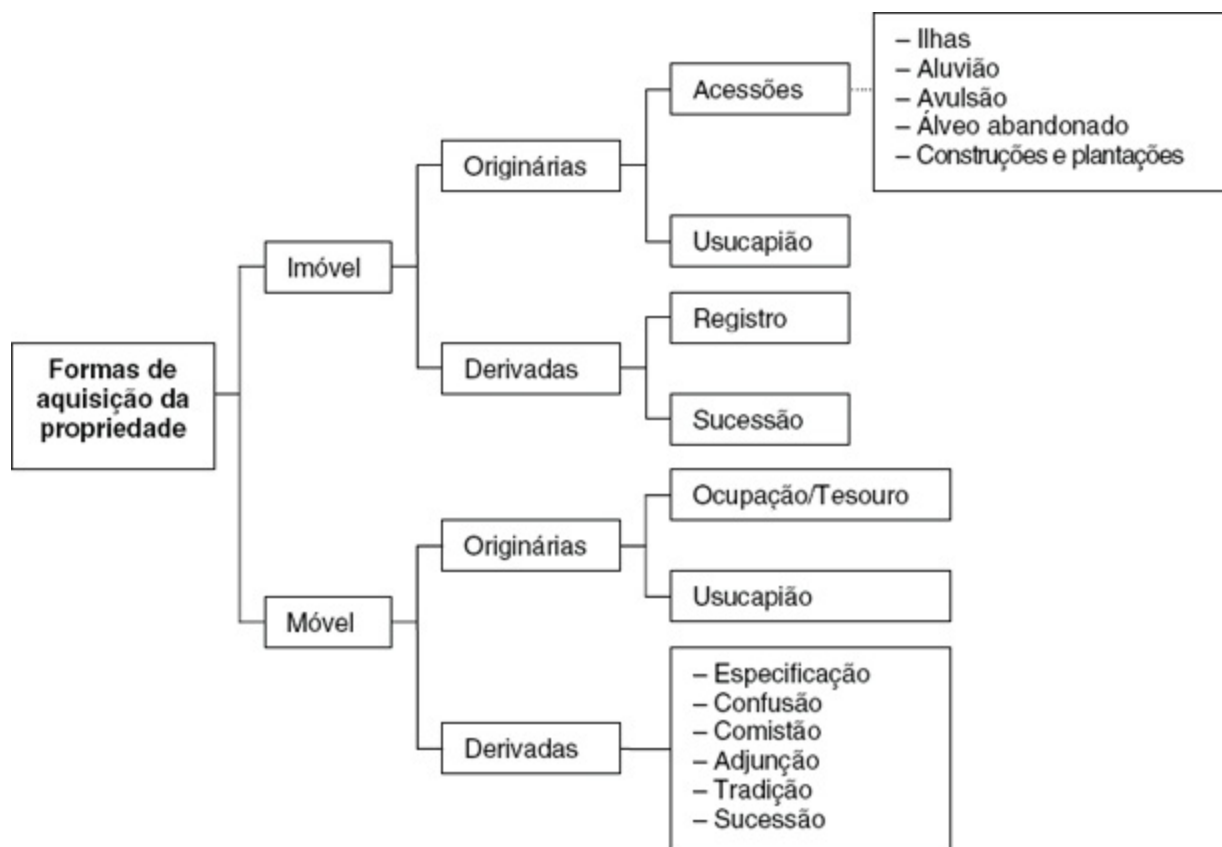
Propriedade = Direito que alguém possui em relação a um bem determinado. Direito Fundamental protegido no art. 5.º, XXII, CF/88 que deve atender sempre a uma função social.

A propriedade é preenchida a partir dos atributos que constam do art. 1.228 do CC:

Principais características do direito de propriedade

- Direito absoluto (regra)
- Direito exclusivo
- Direito perpétuo
- Direito elástico
- Direito complexo
- Direito fundamental

Instituto novo

Desapropriação judicial privada por posse-trabalho (art. 1.228, §§ 4.º e 5.º)

QUESTÕES CORRELATAS

1. (TJ/GO 2007) Assinale a resposta certa:

Aquele que possuir como seu um imóvel a partir da data de 12 de setembro de 1992, sem interrupção nem oposição, sem título ou boa-fé, sem nele estabelecer sua moradia habitual nem haver ali realizado obras ou serviços de caráter produtivo, poderá requerer a declaração judicial de domínio quando houver completado:

(A) dez (10) anos do início da posse.

(B) vinte (20) anos do início da posse.

(C) quinze (15) anos do início da posse.

(D) cinco (5) anos da entrada em vigor do novo Código Civil.

2. (180.º Concurso TJ/SP 2007) Em relação ao usucapião e à perda da propriedade, pode-se afirmar que

I – São títulos justos a embasar o usucapião ordinário a escritura por instrumento particular, a escritura pública, o compromisso de compra e venda, a cessão de direitos hereditários e a sucessão em si mesma;

II – No usucapião rural, tem legitimidade para usucapir a pessoa física, nata ou naturalizada, o estrangeiro aqui residente e a pessoa jurídica aqui sediada;

III – O imóvel situado na zona rural que o proprietário abandonar com a intenção de não mais conservar em seu patrimônio, e que não se encontra na posse de outrem, poderá ser arrecadado como bem vago;

IV – Na servidão, o princípio consistente em serem os prédios vizinhos comporta restrições. Estão corretas apenas as afirmações

(A) I e II.

(B) III e IV.

(C) I, II e III.

(D) II e III.

3. (TJ/TO 2007) A respeito da posse e da propriedade, assinale a opção correta.

(A) A posse que gera a usucapião extraordinária, ordinária ou especial é aquela exercida por alguém com ânimo de proprietário e sobre coisa certa, não podendo ser reclamada sobre coisa incerta, salvo quando se tratar de composse de coisa indivisa.

(B) Gera a usucapião a posse ininterrupta e sem oposição, com ânimo de dono, por cinco anos ininterruptos, de área de terra em zona rural não superior a cinquenta hectares, utilizada como moradia pelo possuidor, que a torne produtiva pelo seu trabalho e dela tire a sua subsistência e de sua família, não sendo o possuidor proprietário de qualquer outro imóvel.

(C) A tolerância da administração pública quanto à ocupação dos bens públicos de uso comum ou especial por particulares faz nascer para estes direito assegurável pelos interditos possessórios e direito à indenização pelas benfeitorias úteis e necessárias, o que lhes assegura a prerrogativa de retenção.

(D) O convalescimento da posse adquirida de forma violenta, clandestina ou precária é permitido pela cessação da violência ou da clandestinidade e pelo decurso de ano e dia.

4. (TRF 3.ª Região – 11.º Concurso) Aquele que semeia, planta ou edifica em terreno alheio:

(A) ganha, em desfavor do proprietário, as sementes, plantas e construções;

(B) perde, em proveito do proprietário, as sementes, plantas e construções;

(C) perde, em proveito do proprietário, o que plantou e construiu, mas tem direito à indenização, caso tenha procedido de boa-fé;

(D) deverá pagar ao proprietário pelas benfeitorias realizadas no imóvel sem a devida autorização.

5. (TJ/MG 2005) De acordo com o Código Civil, são formas de aquisição da propriedade móvel, EXCETO:

(A) a usucapião.

(B) a ocupação.

(C) a tradição.

(D) a acessão.

6. (Notários AM 2005) Segundo o Código Civil, a aquisição por acessão não pode se dar:

(A) por avulsão.

(B) pela formação de ilhas.

(C) por aluvião.

(D) por usucapião.

(E) por plantações e construções.

7. (MP/BA 2004) Sobre Usucapião, pode-se afirmar:

I – Verifica-se usucapião entre cônjuges, na constância do casamento, assim como entre ascendentes e descendentes, durante o poder familiar e contra os absolutamente incapazes.

II – Sem justo título e boa-fé não pode haver usucapião extraordinária.

III – Posse de dez anos, exercida com ânimo de dono, de forma contínua, mansa e pacificamente, o justo título e a boa-fé são requisitos da ação de usucapião ordinária.

IV – Gera usucapião a posse ininterrupta e sem oposição, com *animus domini*, pelo prazo de 5 (cinco) anos, de área urbana não superior a 500 m^2 (quinhentos metros quadrados), utilizada para fins comerciais ou de moradia, e desde que o possuidor não seja proprietário de outro imóvel.

V – Gera usucapião a posse ininterrupta e sem oposição, com *animus domini*, pelo prazo de 5 (cinco) anos, de área de terra em zona rural não superior a 60 (sessenta) hectares, utilizada pelo possuidor para fins de moradia e tornada produtiva pelo seu trabalho, não sendo aquele proprietário de outro imóvel.

(A) IV e V estão corretas.

(B) IV apenas está correta.

(C) V apenas está correta.

(D) III apenas está correta.

(E) I e II estão corretas.

8. (Procurador do Estado CE 2004) Em relação à propriedade e à posse, assinale a opção correta.

(A) Se o proprietário tiver o seu veículo furtado e, após empreender as diligências necessárias, encontrá-lo em poder de terceiro de boa-fé, que inclusive já o registrou como seu na repartição de trânsito, ficará impedido de exigir a restituição, cabendo ao proprietário originário ingressar com ação de indenização em face do alienante.

(B) Na propriedade fiduciária, ocorrem duas modalidades de tradição consensual: no início, o constituto possessório, e ao término do pagamento, a tradição *brevi manu*, ou seja, resgatará a propriedade sem que se opere a entrega material da coisa.

(C) O direito de retenção consiste na faculdade de o possuidor, seja de boa-fé ou má-fé, manter o poder de fato sobre a coisa alheia até ser indenizado pelo valor das benfeitorias necessárias e úteis nela realizadas.

(D) A detenção se confunde com a posse direta, pois o detentor exerce atos possessórios enquanto o proprietário exerce a posse indireta sobre o bem objeto da relação jurídica de direito real ou pessoal.

(E) O interdito proibitório é o remédio colocado à disposição do possuidor que foi esbulhado para recuperar a posse perdida, implicando reação imediata à injusta agressão, por sua própria força.

9. (Procurador do Estado PA 2005) Com base no novo Código Civil brasileiro é CORRETO afirmar que:

I – Usucapião especial expropriatório de imóveis, prazo de 5 anos;

II – Usucapião de servidões aparentes, com justo título e boa-fé, prazo de 15 anos;

III – Usucapião de bens móveis, com justo título e boa-fé, prazo de 3 anos;

IV – Até dois anos após a entrada em vigor do novo CC, os prazos do usucapião extraordinário de 10 anos e do ordinário de 5 anos são acrescidos de 3 anos;

(A) São falsos os itens I e II.

(B) São falsos os itens I, II e III.

(C) São falsos os itens II, III e IV.

(D) São falsos os itens II e IV.

10. (MP/RN 2004) Em matéria de usucapião, julgue as seguintes assertivas, atribuindo-lhes (V) verdadeiro ou (F) falso, assinalando a alternativa que contenha a sequência correta:

I – Na usucapião especial urbana, o tempo de permanência ininterrupta e sem oposição na área é de 5 anos, para que possa o ocupante requerer que o juiz o declare titular do domínio;

II – Desde que não seja proprietário de imóvel rural, aquele que possua como sua, por 5 anos ininterruptos e sem oposição, área de terra em zona rural inferior a 50 hectares, nela morando e tornando-a produtiva, poderá adquirir-lhe a propriedade;

III – O Código Civil prevê que, após 2 anos da sua entrada em vigor, a aquisição da propriedade por aquele que passar a possuir, por 10 anos, como seu um imóvel, independe de título e de boa-fé, se nele houver estabelecido sua moradia habitual ou nele realizado obras ou serviços de caráter produtivo;

IV – Em todas as espécies de usucapião, o possuidor pode somar à sua posse a do seu antecessor, bastando sejam

contínuas e pacíficas, de modo a formar período suficiente a usucapir;

V – Para a obtenção da usucapião, o título anulável não constitui óbice, porquanto sendo eficaz e capaz de produzir efeitos, válido será enquanto não for decretada a sua anulação.

(A) V, F, V, F, V.

(B) V, F, F, V, V.

(C) F, V, F, V, V.

(D) V, V, V, F, F.

(E) F, V, F, F, V.

11. (Defensoria Pública RN 2006) Dá-se usucapião quando

(A) o possuidor ocupar a área por quinze anos, independente de justo título, demonstrando que realizou obras ou serviços de caráter produtivo.

(B) em cinco anos quando o possuidor de área rural de até 50 hectares e não possuidor de outro imóvel urbano ou rural, que tenha tornado a área produtiva, por seu trabalho ou de sua família, e nela estabelecido a sua moradia.

(C) um número considerável de pessoas ocupar por dez anos, de boa-fé e ininterruptamente, área na qual realizem obras e serviços, considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante.

(D) alguém possuir coisa móvel como sua, contínua e incontestadamente por cinco anos, com justo título e boa-fé.

12. (MP/RO 2006) A intervenção do Ministério Público na Ação de Usucapião:

(A) é facultativa, mas torna-se obrigatória nos casos em que o imóvel usucapiendo estiver registrado em nome de menor ou incapaz;

(B) é obrigatória, sob pena de nulidade;

(C) é facultativa, mas torna-se obrigatória se o autor for menor ou incapaz;

(D) é facultativa, ficando a critério do Promotor de Justiça oficiar se vislumbrar a existência de interesse público na causa;

(E) é facultativa, tornando-se obrigatória na hipótese de existirem réus citados fictamente.

13. (Procuradoria do Estado RR 2006) NÃO podem ser adquiridos por usucapião

(A) os bens pertencentes a pessoas absoluta ou relativamente incapazes.

(B) os bens móveis.

(C) as servidões, mesmo que aparentes.

(D) os imóveis urbanos com área superior a 250 m^2.

(E) os bens pertencentes às associações públicas.

14. (VII Exame de Ordem Unificado – FGV) Sobre os bens públicos é correto afirmar que

(A) os bens de uso especial são passíveis de usucapião.

(B) os bens de uso comum são passíveis de usucapião.

(C) os bens de empresas públicas que desenvolvem atividades econômicas que não estejam afetados a prestação de serviços públicos são passíveis de usucapião.

(D) nenhum bem que pertença à pessoa jurídica integrante da administração pública indireta é passível de usucapião.

15. (Procurador Judicial – Pref. Recife 2003) O imóvel urbano que o proprietário abandonar, com a intenção de não mais conservar em seu patrimônio, e que não se encontrar na posse de outrem,

(A) poderá ser arrecadado, como bem vago, e passar, 3 (três) anos depois, à propriedade do Município ou à do Distrito Federal, se se achar nas respectivas circunscrições.

(B) passará ao domínio da União, como coisa vaga, depois de 5 (cinco) anos de abandono.

(C) passará ao domínio do Município, mediante sentença declaratória da usucapião, depois de 10 (dez) anos de abandono.

(D) só será arrecadado pelo município, depois que ficar provado que o proprietário conta 80 (oitenta) anos de idade e de 5 (cinco) anos atrás forem suas últimas notícias.

(E) apenas será arrecadado pelo Estado onde se situar ou pelo Distrito Federal se nele se encontrar, mediante prévia declaração de ausência do proprietário ou de sua morte presumida.

16. (MP/SP 83.º) Pode-se afirmar que constituem pressupostos da usucapião, a coisa hábil ou suscetível de ser usucapida, a posse mansa e prolongada, o decurso do tempo, o justo título e a boa-fé. Diante de tal enunciado, indique a alternativa correta para as seguintes hipóteses:

(A) o justo título e a boa-fé apenas são exigidos nos casos de usucapião ordinária, dispensados os demais requisitos.

(B) os primeiros três requisitos acima referidos não são absolutamente indispensáveis e exigidos em apenas algumas situações de usucapião.

(C) o título anulável não é obstáculo para a obtenção da usucapião, porquanto sendo eficaz e capaz de produzir efeitos, válido será enquanto não for decretada a sua anulação.

(D) qualquer espécie de posse mansa pode conduzir à usucapião, desde que presentes a coisa hábil ou suscetível de ser usucapida, o decurso do tempo e o justo título.

(E) para a consumação da usucapião extraordinária exige-se que o possuidor ostente justo título e boa-fé.

17. (Magistratura PE – FCC/2011) O possuidor, objetivando adquirir um imóvel pela usucapião extraordinária, para atingir o prazo exigido por lei,

(A) pode acrescentar à sua posse a dos seus antecessores, facultativamente na sucessão singular, sendo que isto se dá, de pleno direito, na sucessão universal.

(B) não pode acrescentar à sua posse a dos seus antecessores, seja a sucessão a título singular, seja universal.

(C) acrescerá de pleno direito à sua posse apenas a de seus antecessores a título universal, mas em nenhuma hipótese a de seus antecessores a título singular.

(D) pode acrescentar à sua posse apenas a de seus antecessores a título singular.

(E) pode acrescentar à sua posse a dos seus antecessores facultativamente na sucessão a título universal e de pleno direito na sucessão a título singular.

18. (Ministério Público/PR – 2011) Acerca da relação entre posse e propriedade, assinale a alternativa correta:

(A) a exceção de domínio em sede de ação possessória é admitida expressamente pelo Código Civil, ante o comando legal que prevê ser vedado atribuir a posse a quem manifestamente não for o proprietário.

(B) caso considerável número de pessoas venha a exercer posse de boa-fé sobre extensa área, por ao menos cinco anos, tendo ali realizado obras ou serviços de caráter social ou econômico relevante, adquirirão a propriedade por usucapião coletiva, sendo que, em qualquer hipótese, não haverá a necessidade de pagamento de indenização ao proprietário que for privado da área.

(C) a função social da propriedade rural é atendida plenamente quando o proprietário promove um aproveitamento racional do imóvel mediante o atendimento dos índices de produtividade definidos à luz dos parâmetros legais.

(D) reduz-se em cinco anos o prazo para aquisição de imóvel por usucapião extraordinária quando, para além do atendimento dos requisitos caracterizadores da posse ad usucapionem, o possuidor residir no imóvel.

(E) na usucapião ordinária o justo título pode ser substituído pela boa-fé, de modo que se pode afirmar que são eles requisitos alternativos dessa modalidade derivada de aquisição da propriedade.

19. (Ministério Público/SP – 2011) É correto afirmar que a aquisição por usucapião de imóvel urbano, por pessoa que seja proprietária de imóvel rural, se dá:

(A) após 5 (cinco) anos, independentemente de justo título e boa-fé, limitada a área a 250 m^2.

(B) após 15 (quinze) anos, independentemente de justo título e boa-fé, sem limite de tamanho da área.

(C) após 5 (cinco) anos, independentemente de justo título e boa-fé, limitada a área a 350 m^2.

(D) após 10 (dez) anos, independentemente de justo título, limitada a área a 01 alqueire.

(E) após 10 (dez) anos, independentemente de boa-fé, desde que não utilizado o imóvel para moradia.

20. (Juiz Federal TRF 5.ª Região 2006) Arespeito do direito das coisas, julgue o seguinte item: Na ação de usucapião, a sentença não é requisito formal à aquisição da propriedade pela prescrição aquisitiva. Tendo feição meramente declaratória, a sentença serve para formalizar a existência do direito do possuidor e serve, principalmente, como título para ser levado à transcrição no registro imobiliário.

21. (Advogado CEF 2006) Em relação ao direito das coisas, julgue o item que se segue: Ocupação é modo originário de aquisição de bem móvel ou imóvel que consiste na tomada de posse da coisa, sem oposição do dono, com a intenção de se assumir a propriedade pela tradição ou pelo usucapião.

22. (AGU 2006) Julgue o item seguinte, acerca da posse e da propriedade: O título translativo da propriedade imóvel por ato *inter vivos*, oneroso ou gratuito não é hábil a transferir o domínio de bem imóvel. Somente ocorre a transferência da titularidade do direito com o registro imobiliário. No entanto, a eficácia do registro tem início com a apresentação do título ao oficial do registro e com sua prenotação lançada no protocolo.

23. (Notário SE 2006) Acerca da propriedade imobiliária, julgue os itens a seguir.

23.1 A validade do registro imobiliário é sempre condicionada ao conteúdo do título translativo da propriedade e os vícios originários desse título se transmitem junto à cadeia de adquirentes.

23.2 Entre as causas de perda da propriedade está a usucapião que, sendo ordinária, exige a prova do justo título e da boa-fé e consuma-se no prazo de dez anos de posse ininterrupta, sem oposição e exercida com o ânimo de dono.

24. (Procurador do Estado AP 2006) Julgue o item seguinte, a respeito do direito das coisas: Se uma ação reivindicatória em que os réus aleguem usucapião como matéria de defesa for julgada improcedente, a sentença pertinente deve declarar a aquisição da propriedade por usucapião e determinar a transcrição do imóvel objeto do litígio em nome da parte ré.

25. (VI Exame de Ordem Unificado – FGV) Diogo, proprietário de um terreno urbano localizado no Município de Vila Formosa, autorizou Rafael, dono de uma transportadora, a utilizar parte desse terreno como garagem. Passados alguns meses de uso, Rafael, sem autorização de Diogo, construiu um galpão coberto com objetivo de proteger sua frota da chuva e do sol. Com o crescimento dos negócios, Rafael ampliou o galpão e ali montou uma oficina para realizar a manutenção dos seus veículos. Verificando uma oportunidade de negócio, Rafael passou a prestar serviços mecânicos a terceiros. Considerando a situação hipotética e as regras atinentes à acessão artificial, assinale a alternativa correta.

(A) Configurará aquisição por acessão invertida se o valor das construções realizadas por Rafael ultrapassar consideravelmente o valor do terreno.

(B) Mesmo que Rafael estivesse agindo de má-fé quando da realização da construção no terreno de Diogo, teria direito à indenização das benfeitorias úteis para evitar enriquecimento sem causa deste.

(C) A acessão decorrente de construção é forma de aquisição derivada da propriedade.

(D) As acessões artificiais podem ser equiparadas às benfeitorias úteis, sobretudo quando representarem instrumento apropriado para conservação do bem principal.

26. (VUNESP/2010 – Analista de Promotoria – 2ª fase) É correto afirmar que

(A) aquele que possuir como seu imóvel urbano por cinco anos ininterruptos, sem oposição, tendo nele sua moradia, adquirir-lhe-á a propriedade pela usucapião constitucional, ainda quando proprietário de outro imóvel, desde que rural.

(B) na usucapião especial rural têm legitimidade para usucapir a pessoa natural, nata ou naturalizada, o estrangeiro residente no Brasil e a pessoa jurídica sediada em território nacional.

(C) a usucapião, mobiliária ou imobiliária, tem como pressuposto comum ter como objeto coisa hábil, além da posse mansa, pacífica, pública, contínua e exercida com ânimo de dono, durante o lapso prescricional estabelecido em lei.

(D) as coisas fora do comércio e os bens públicos, exceto os de uso especial e os dominicais, são suscetíveis de usucapião.

(E) o proprietário também pode ser privado da coisa se o imóvel reivindicado consistir em extensa área, na posse ininterrupta independentemente de boa-fé, por mais de cinco anos, de considerável número de pessoas.

27. (87º MP/SP – 2010) Assinale a alternativa correta:

(A) na usucapião urbana individual, prevista na Lei nº 10.257/01 (Estatuto da Cidade), não é possível levar-se a efeito aquisição de terreno inferior ao mínimo módulo urbano.

(B) a usucapião rural consagrada no artigo 1.239 do Código Civil, que exige a chamada posse trabalho/moradia, não reclama animus domini da parte usucapiente.

(C) a usucapião coletiva pode ter como objeto áreas particulares e públicas.

(D) os bens dominicais, à luz do novo Código Civil Brasileiro, podem ser usucapidos.

(E) na usucapião coletiva, prevista na Lei nº 10.257/01 (Estatuto da Cidade), como regra geral, a cada possuidor será atribuída, por decisão judicial, igual fração ideal de terreno.

28. (VUNESP/2010 – Analista de Promotoria – 1ª fase) "X" edificou casa, em área urbana, na certeza de lhe pertencer a totalidade da área descrita junto à matrícula imobiliária. Constatou, porém, já concluída a construção, que por um erro na descrição das linhas limítrofes, a edificação invadiu uma vigésima parte do terreno de seu vizinho. Considerando isso, assinale a seguir a alternativa correta.

(A) "X" adquirirá a propriedade da área invadida, devendo pagar o décuplo do valor do terreno lindeiro e a desvalorização da área remanescente.

(B) Embora "X" estivesse de boa-fé, deverá demolir a parte da construção que invadiu o terreno alheio, ainda que com grave prejuízo para a edificação.

(C) Estando "X" de má-fé, adquire a propriedade da área invadida apenas se o valor da construção exceder o do terreno.

(D) Estando "X" de boa-fé, adquire a propriedade da parte do solo invadido e responde, por perdas e danos, correspondentes ao valor que a invasão acrescer à construção, mais o da área perdida e o da desvalorização da área remanescente.

(E) A posse justa exercida por "X" e a boa-fé empreendida na construção serão suficientes para justificar pedido de usucapião da área invadida, o que deve ser requerido, porém, no lapso de 3 anos após a edificação.

29. (MP/ES – CESPE/2010) Com relação à usucapião da propriedade imóvel, assinale a opção correta.

(A) Se um condômino ocupar área comum, como se sua fosse, e sem qualquer oposição, a duradoura inércia do condomínio, aliada ao prazo legal, poderá provocar a usucapião.

(B) Diferentemente do que ocorre com a usucapião ordinária, o prazo para a aquisição de propriedade por usucapião extraordinária é igual ao prazo para a posse simples e qualificada.

(C) O justo título que enseja a aquisição da propriedade por usucapião é aquele que foi levado a registro pelo possuidor.

(D) De acordo com a jurisprudência dominante, não é possível usucapião voluntária de bem de família.

(E) Se determinado condomínio for pro indiviso e a posse recair sobre a integralidade do imóvel, é possível que um dos condôminos usucape contra os demais comproprietários.

30. (MAGISTRATURA FEDERAL TRF 5 – CESPE – 2013) Em relação ao direito de propriedade, assinale a opção correta.

(A) Segundo a jurisprudência do STJ, é possível a usucapião de bem móvel em contrato de alienação fiduciária em garantia quando a aquisição da posse por terceiro ocorre sem o consentimento do credor, desde que preenchidos os pressupostos legais.

(B) O Código Civil de 2002 introduziu instituto jurídico inédito ao prever que o proprietário poderá ser privado de coisa imóvel, desde que constitua área extensa e esteja na posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de cinco anos, de considerável número de pessoas que tenham nela realizado obras e serviços considerados pelo juiz de relevante interesse social e econômico.

(C) A propriedade pode ser resolvida pelo implemento da condição ou pelo advento de termo. Assim, no caso de doação com cláusula de reversão, como regra geral, a resolução da propriedade tem efeitos *ex nunc*.

(D) Em qualquer das hipóteses de usucapião previstas no Código Civil, exige-se a posse de boa-fé e justo título.

(E) A escritura pública é suficiente para a aquisição da propriedade imobiliária, sendo uma formalidade situada no plano de validade dos contratos de constituição ou transmissão de bens.

31. (DEFENSORIA PÚBLICA RR – CESPE – 2013) Aldo, que era proprietário de um imóvel na cidade de Boa Vista – RR, ocupou um imóvel rural de quarenta hectares localizado na fronteira do Brasil com a Venezuela e lá estabeleceu moradia, sem que possuísse qualquer título legitimador. Onze anos depois, ele recebeu uma notificação da União, que nunca havia apresentado qualquer oposição à presença de Aldo no local, determinando que ele desocupasse a área no prazo de trinta dias, pois esta constituía faixa de fronteira e, portanto, área pública. Durante o período em que ocupou o referido imóvel, Aldo figurou como réu de uma ação possessória contra ele ajuizada por um vizinho, dela tendo-se saído vencedor.

Com referência a essa situação hipotética, assinale a opção correta.

(A) Aldo adquiriu a propriedade do bem por meio de usucapião extraordinário, já que possuiu, mansa e pacificamente, o imóvel por mais de dez anos ininterruptos.

(B) Ainda que tenha exercido posse sobre o imóvel por mais de dez anos, sem qualquer oposição ou interrupção, Aldo não poderá adquirir-lhe a propriedade por meio de usucapião extraordinário porque já era proprietário de um lote na cidade de Boa Vista – RR.

(C) O ajuizamento de ação possessória contestando a presença de Aldo no imóvel desqualificou a posse deste para fins de usucapião.

(D) Para a aquisição da propriedade por meio da usucapião extraordinária, seria necessária a posse ininterrupta e sem oposição de um bem imóvel pelo prazo de quinze anos, razão por que Aldo não adquiriu a propriedade do bem.

(E) De acordo com a jurisprudência do STJ, se o imóvel está situado em área de fronteira, cuida-se de domínio público, fato que impossibilita que Aldo adquira-lhe a propriedade por meio da usucapião.

GABARITO

1 – B	2 – B	3 – B
4 – C	5 – D	6 – D
7 – D	8 – B	9 – D
10 – A	11 – B	12 – B
13 – E	14 – C	15 – A
16 – C	17 – A	18 – D
19 – B	20 – Certa	21 – Errada
22 – Certa	23.1 – Certa	23.2 – Certa
24 – Errada	25 – A	26 – C
27 – E	28 – D	29 – E
30 – B	31 – A	

DIREITO DE VIZINHANÇA

Análise a partir do Código Civil, da Constituição Federal e da Legislação Ambiental

Sumário: 4.1 Conceito de direito de vizinhança – 4.2 Do uso anormal da propriedade – 4.3 Das árvores limítrofes – 4.4 Da passagem forçada e da passagem de cabos e tubulações – 4.5 Das águas – 4.6 Dos limites entre prédios e do direito de tapagem – 4.7 Do direito de construir – Resumo esquemático – Questões correlatas – Gabarito.

4.1 CONCEITO DE DIREITO DE VIZINHANÇA

O Código Civil de 2002 (arts. 1.277 a 1.313), a exemplo do seu antecessor (arts. 554 a 587), continua regulando os direitos de vizinhança (Capítulo V do Livro que trata do Direito das Coisas). Na atual norma codificada, a matéria está dividida em sete seções:

a) Do uso anormal da propriedade (Seção I, arts. 1.277 a 1.281 do CC).
b) Das árvores limítrofes (Seção II, arts. 1.282 a 1.284 do CC).
c) Da passagem forçada (Seção III, art. 1.285 do CC).
d) Da passagem de cabos e tubulações (Seção IV, arts. 1.286 e 1.287), novidade introduzida pela codificação de 2002.
e) Das águas (Seção V, arts. 1.288 a 1.296 do CC).
f) Dos limites entre prédios e do direito de tapagem (Seção VI, arts. 1.297 e 1.298 do CC).
g) Do direito de construir (Seção VII, arts. 1.299 a 1.313 do CC).

Em uma visão clássica conceitual, Washington de Barros Monteiro assevera que "Os direitos de vizinhança constituem limitações impostas pela boa convivência social, que se inspira na lealdade e na boa-fé. A propriedade deve ser usada de tal maneira que torne possível a coexistência social. Se assim não se procedesse, se os proprietários pudessem invocar uns contra os outros seu direito absoluto e ilimitado, não poderiam praticar qualquer direito, pois as propriedades se aniquilariam no entrechoque de suas várias faculdades" (*Curso*..., 2003, v. 3, p. 135). A ideia de perpetuação social da propriedade é, portanto, inerente aos direitos de vizinhança, dentro do contexto de funcionalização dos institutos.

Por isso, pode-se afirmar que as normas relativas à matéria também têm natureza de ordem pública, pois interessam muito mais do que almejam as partes envolvidas, ou seja, aos proprietários dos terrenos vizinhos. Em reforço, de forma bem didática, Rubens Limongi França conceitua as relações de vizinhança como sendo "o complexo de direitos e obrigações recíprocos que regulam o direito da propriedade imóvel entre os vizinhos" (*Instituições*..., 1996, p. 464).

Entre os contemporâneos, Luciano de Camargo Penteado utiliza o termo *situações jurídicas vicinais*, lecionando que "a multiplicidade de dificuldades que a proximidade física dos imóveis traz, quer nas hipóteses em que os mesmos são usados para fins de habitação, quer para fins de empresa, demanda de imediato e por si mesma, um tratamento de caráter essencialmente casuístico para a matéria" (*Direito das coisas*..., 2008, p. 319).

Resumindo o conteúdo que será estudado, deve ser feito importante e fundamental esclarecimento quanto ao conceito de vizinhança. Esse esclarecimento pode ser retirado da obra de Orlando Gomes, que, ao conceituar o direito de vizinhança, ensina que "A vizinhança é um fato que, em Direito, possui o significado mais largo do que na linguagem comum. Consideram-se prédios vizinhos os que podem sofrer repercussão de atos propagados de prédios próximos ou que com estes possam ter vínculos jurídicos. São direitos de vizinhança os que a lei estatui por força desse fato" (*Direitos reais*..., 2004, p. 215).

Na doutrina contemporânea, esse ponto é igualmente esclarecido por Aldemiro Rezende Dantas Jr., no sentido de que a *vizinhança não se confunde com a contiguidade*, pois a primeira se liga ao "prédio que sofre a influência em virtude de atos praticados em um outro, vale dizer, vizinhos são os prédios quando um deles sofre interferência em virtude de atos que no outro foram praticados" (*Direito*..., 2007, p. 55). Em suma, *prédios vizinhos podem não ser prédios contíguos*, pois os primeiros são aqueles que repercutem juridicamente uns nos outros, enquanto que os últimos são aqueles que estão um ao lado do outro.

Aliás, o último doutrinador traz conceito interessante a respeito do direito de vizinhança, merecendo destaque as suas palavras:

> "Outro conjunto de restrições que são impostas ao direito de propriedade, no entanto, como já foi dito acima, apresenta por motivação direita a proteção a interesses privados, podendo ser apontado como exemplos, mais especificamente, os direitos de vizinhança, dentro outros. É que 'a vizinhança, por si só, pode dar origem a conflitos', e o escopo da lei, nesses casos, é o de harmonizar as relações entre os vizinhos, evitando ou pelo menos, quando não os puder evitar, apresentando as soluções para os conflitos que possam vir a surgir em tais relações. Essas regras formam o chamado direito de vizinhança, que nada mais é do que um conjunto de direitos e deveres impostos aos vizinhos pelo simples fato de serem vizinhos.
>
> Apresentando em outras palavras o que foi dito no parágrafo anterior, como cada imóvel não se encontra isolado no espaço, sendo confinante com outros, são inúmeras as situações em que podem surgir conflitos de interesses entre os proprietários de dois prédios confinantes (ou tão somente entre próximos um do outro, sem que sejam necessariamente confinantes, como logo adiante se verá), daí porque o legislador cuidou de estabelecer uma série de normas destinadas a prevenir tais conflitos ou, quando impossível a prevenção, destinadas a solucioná-los, sendo que num e noutro caso isso foi buscado, como já se disse, através da limitação das faculdades do proprietário, em benefício da paz social" (DANTAS JR., Aldemiro Rezende. *Direito*..., 2007, p. 52).

Por todos os conceitos, observa-se que as normas relativas aos direitos da vizinhança constituem claras limitações ao direito de propriedade, em prol do bem comum, da paz social. Continuando essa ideia, não se pode esquecer que as obrigações que surgem da matéria são obrigações ambulatórias ou *propter rem*, uma vez que acompanham a coisa onde quer que ela esteja.

É imperioso notar que essas limitações revelam-se, muitas vezes, de forma bem específica, como ocorre com as regras relativas às árvores limítrofes. Ademais, as regras que constam do Código Civil repercutem no aspecto material e processual, com a viabilidade de medidas instrumentais para a proteção da propriedade prejudicada. Toda a proteção constante do Código Civil, como não poderia ser diferente, não exclui outras, constantes em leis especiais, como é o caso, por exemplo, do Estatuto da Cidade (Lei 10.257/2001). Além disso, não se pode esquecer que a proteção das regras

de vizinhança sempre deve ser analisada a partir do que consta do Texto Maior, particularmente pela proteção ambiental prevista na Constituição Federal de 1988.

Deve ficar claro que, na presente análise, não será esquecida a crítica contundente formulada por Luiz Edson Fachin, no sentido de que o Código Civil de 2002 mantém, do ponto de vista estrutural, os mesmos vícios de abstração e de apego ao patrimonialismo que marcaram o seu antecessor (FACHIN, Luiz Edson. Direitos..., *Questões controvertidas*..., 2004, p. 193). Vejamos, pontualmente.

4.2 DO USO ANORMAL DA PROPRIEDADE

O dispositivo fundamental relativo ao uso anormal da propriedade é o art. 1.277 do CC/2002, prevendo o seu *caput* que "O proprietário ou o possuidor de um prédio tem o direito de fazer cessar as interferências prejudiciais à segurança, ao sossego e à saúde dos que o habitam, provocadas pela utilização de propriedade vizinha". Como esclarece Luciano de Camargo Penteado, há no dispositivo uma verdadeira *cláusula geral de tutela das situações jurídicas vicinais*, diante dos conceitos abertos que são utilizados – segurança, sossego e saúde (*Direito das coisas*..., 2008, p. 342).

Pois bem, algumas conclusões fundamentais podem ser retiradas do dispositivo.

A primeira delas é que as normas de direito de vizinhança não protegem somente o proprietário, mas também o possuidor, uma vez que o último também pode tomar as devidas medidas em casos de perturbações praticadas por terceiros.

A segunda conclusão é que o dispositivo consagra uma ampla proteção, relacionada com a *segurança*, o *sossego* e a *saúde* dos habitantes do imóvel. Esses três parâmetros consagram a *regra dos três Ss*, que deve ser observada para a configuração do exercício regular do direito de propriedade ou não. Ilustrando, em havendo excesso de barulho decorrente de um prédio vizinho, o possuidor ou proprietário pode tomar as medidas necessárias para a sua cessação. Uma demanda coletiva pode ser reconhecida como medida cabível a afastar tais atentados à saúde, como entendeu o Tribunal de Justiça de São Paulo no aresto a seguir:

> "Ação civil pública. Liminar. Meio ambiente. Ruído excessivo causado por clube. Tratamento acústico em suas instalações determinado, bem como embargos das atividades, até a comprovação da obtenção da licença de localização e funcionamento. Medida de proteção do bem-estar da vizinhança e da comunidade, coibindo a produção de energia sonora nociva à saúde. Resolução CONAMA 1, de 08.03.1990. Validade da concessão da liminar. Possibilidade da ampla defesa do requerido no âmbito da ação civil pública. Recurso improvido" (TJSP, Agravo de Instrumento 535.404-5/9, Santos, Câmara Especial do Meio Ambiente, Relator: Renato Nalini, 20.04.2006, v.u., Voto 11.160).

Em reforço à ilustração, cite-se curioso julgado do mesmo Tribunal, em que se concluiu que a existência de oito cães em pequeno imóvel traria lesão aos direitos de vizinhança, devendo o número de animais ser reduzido para dois: "Direito de vizinhança. Uso nocivo da propriedade. Oito cães em pequeno quintal. Ruídos e odores excessivos. Sentença mantida para limitar a dois animais. Recurso improvido" (TJSP, Apelação Cível 846.178-0/0, São Paulo, 36.ª Câmara de Direito Privado, Rel. Pedro Baccarat, 24.08.2006, v.u., Voto 1.465).

O art. 1.277 do CC/2002 acaba por trazer, na sua essência, uma preocupação com a proteção ambiental, nos termos do que consta o art. 225 da Constituição Federal. Nesse sentido, preconiza o Enunciado n. 319 CJF/STJ, aprovado na *IV Jornada de Direito Civil*, que "A condução e a solução

das causas envolvendo conflitos de vizinhança devem guardar estreita sintonia com os princípios constitucionais da intimidade, da inviolabilidade da vida privada e da proteção do meio ambiente". A proteção é mais ampla do que se imagina, pois nos termos do art. 21 do CC/2002 e do art. 5.º, X, da Constituição, a vida privada e a intimidade também merecem amparo nas questões de vizinhança.

Além disso, a utilização da propriedade, quanto ao direito de vizinhança, não pode gerar abuso do direito, nos termos dos arts. 187 e 1.228, § 2.º, do CC/2002. Nessa trilha, vale transcrever a fórmula proposta por Carlos Alberto Dabus Maluf: "aquele que não usa da sua propriedade de modo ordinário, segundo as condições normais da situação do imóvel, do tempo e do lugar, mas antes procede com abuso do seu direito, sem o respeito devido à esfera de ação e aos interesses dos vizinhos, sem proveito próprio sério e legítimo, com mero intuito malévolo, ou por espírito de chicana, bem assim aquele que cria risco novo, exercendo uma atividade legítima, mas nociva a terceiros, será responsável pelos danos que produzir a estes e às coisas destes" (MALUF, Carlos Alberto Dabus. *Limitações*..., 2011, p. 68).

A relação entre o direito de vizinhança e a vedação do abuso de direito já foi reconhecida pelo Superior Tribunal de Justiça, conforme se extrai da ementa a seguir:

"Direito civil. Servidões legais e convencionais. Distinção. Abuso de direito. Configuração. Há de se distinguir as servidões prediais legais das convencionais. As primeiras correspondem aos direitos de vizinhança, tendo como fonte direta a própria lei, incidindo independentemente da vontade das partes. Nascem em função da localização dos prédios, para possibilitar a exploração integral do imóvel dominante ou evitar o surgimento de conflitos entre os respectivos proprietários. As servidões convencionais, por sua vez, não estão previstas em lei, decorrendo do consentimento das partes. Na espécie, é incontroverso que, após o surgimento de conflito sobre a construção de muro lindeiro, as partes celebraram acordo, homologado judicialmente, por meio do qual foram fixadas condições a serem respeitadas pelos recorridos para preservação da vista da paisagem a partir do terreno dos recorrentes. Não obstante inexista informação nos autos acerca do registro da transação na matrícula do imóvel, essa composição equipara-se a uma servidão convencional, representando, no mínimo, obrigação a ser respeitada pelos signatários do acordo e seus herdeiros. – Nosso ordenamento coíbe o abuso de direito, ou seja, o desvio no exercício do direito, de modo a causar dano a outrem, nos termos do art. 187 do CC/2002. Assim, considerando a obrigação assumida, de preservação da vista da paisagem a partir do terreno dos recorrentes, verifica-se que os recorridos exerceram de forma abusiva o seu direito ao plantio de árvores, descumprindo, ainda que indiretamente, o acordo firmado, na medida em que, por via transversa, sujeitaram os recorrentes aos mesmos transtornos causados pelo antigo muro de alvenaria, o qual foi substituído por verdadeiro 'muro verde', que, como antes, impede a vista panorâmica. Recurso especial conhecido e provido" (STJ, REsp 935.474/RJ, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, Rel. p/ Acórdão Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 19.08.2008, *DJe* 16.09.2008).

A terceira constatação da leitura do art. 1.277 do CC/2002 é que amplas medidas são colocadas à disposição daquele que está sendo perturbado. A título de exemplo, podem ser citadas as medidas de tutela específica cabíveis nas obrigações de fazer e de não fazer, nos termos do art. 461 do CPC; a ação de dano infecto; a ação de nunciação de obra nova e mesmo a drástica medida da ação demolitória. Obviamente, o vizinho perturbado igualmente pode ingressar ainda com uma ação de reparação por danos materiais e morais suportados na relação vicinal. Concretizando tal dedução, no que tange a danos imateriais, extrai-se acórdão publicado no *Informativo* n. *500* do Superior Tribunal de Justiça, do ano de 2012:

"Dano moral. Direito de vizinhança. Infiltração. É devido o pagamento de indenização por dano moral pelo responsável por apartamento de que se origina infiltração não reparada por longo tempo por desídia, a qual provocou constante e intenso sofrimento psicológico ao vizinho, configurando mais do que mero transtorno ou aborrecimento. Salientou-se que a casa é, em princípio, lugar de sossego e descanso, não podendo, portanto, considerar de somenos importância os constrangimentos e aborrecimentos experimentados pela recorrente em razão do prolongado distúrbio da tranquilidade nesse ambiente – ainda mais quando foi claramente provocado por conduta culposa da recorrida e perpetuado por sua inércia e negligência em adotar providência simples, como a substituição do rejunte do

piso de seu apartamento. De modo que tal situação não caracterizou um mero aborrecimento ou dissabor comum das relações cotidianas, mas, sim, situação excepcional de ofensa à dignidade, passível de reparação por dano moral. Com essas e outras considerações, a Turma deu provimento ao recurso, determinando o retorno dos autos à origem a fim de que, incluída indenização por danos morais, prossiga o julgamento da apelação da recorrente. Precedentes citados: REsp 157.580/AM, DJ 21/2/2000, e REsp 168.073/RJ, DJ 25/10/1999" (STJ, REsp 1.313.641/RJ, Rel. Min. Sidnei Beneti, j. 26.06.2012).

Em complemento a essa ampla proteção que consta do *caput* do art. 1.277 do CC/2002, dispõe o seu parágrafo único que devem ser proibidas as interferências externas, considerando-se a natureza da utilização e a localização do prédio. Além disso, devem ser atendidas as normas que distribuem as edificações em zonas, e os limites ordinários de tolerância dos moradores da vizinhança.

O último dispositivo traz outros dois critérios para a determinação da existência ou não do uso anormal da propriedade, quais sejam, a natureza da utilização e a localização do prédio. Por óbvio que se uma área em uma localidade praiana é destinada a bares noturnos (conforme normas regulamentares do próprio Município) deve existir uma tolerância maior ao barulho. O raciocínio não é o mesmo se a casa noturna se localizar em uma região essencialmente residencial.

Em relação à divisão das edificações por zonas, no tocante às áreas urbanas, o Estatuto da Cidade trata do *plano diretor*, entre os seus arts. 39 a 42. Enuncia a citada norma que a propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor, assegurando o atendimento das necessidades dos cidadãos quanto à qualidade de vida, à justiça social e ao desenvolvimento das atividades econômicas (art. 39, *caput*, da Lei 10.257/2001).

Destaque-se, ainda, o *Estudo de Impacto de Vizinhança* (EIV), tratado entre os arts. 36 e 38 do Estatuto da Cidade. Conforme as lições de Luciano de Camargo Penteado, tal estudo consiste em um relatório que aponta os efeitos que uma nova construção irá impor aos habitantes da redondeza, sendo exigido conforme as leis locais dos municípios, nos termos do art. 36 da Lei 10.257/2001 (*Direito das coisas*..., 2008, p. 349). O art. 37 da mesma norma dispõe que o EIV será executado de forma a contemplar os efeitos positivos e negativos do novo empreendimento ou atividade.

Para tanto, deve ser levada em conta a qualidade de vida da população local, bem como outros critérios, tais como: *a)* o adensamento populacional; *b)* os equipamentos urbanos e comunitários; *c)* o uso e a ocupação do solo; *d)* a valorização imobiliária; *e)* a geração de tráfego e a demanda do transporte público; *f)* a ventilação e a iluminação; *g)* a paisagem urbana e o patrimônio natural e cultural. Por fim, dispõe o art. 38 do Estatuto da Cidade que a elaboração do referido estudo não substitui a elaboração e a aprovação do Estudo de Impacto Ambiental (EIA), nos termos da legislação ambiental. Em suma, ambos os estudos não são excludentes, mas complementares.

O plano diretor, aprovado por lei municipal, é considerado o instrumento regulamentar básico da política de desenvolvimento e expansão urbana (art. 40, *caput*, da Lei 10.257/2001), repercutindo nas questões de vizinhança, uma vez que acaba por determinar a existência ou não do uso anormal da propriedade.

Prevê ainda o Estatuto da Cidade que o plano diretor é parte integrante do processo de planejamento municipal, devendo o plano plurianual, as diretrizes orçamentárias e o orçamento anual incorporar as diretrizes e as prioridades nele contidas (art. 40, § 1.º, da Lei 10.257/2001). O plano diretor deverá englobar o território do Município como um todo (art. 40, § 2.º, da Lei 10.257/2001). A lei que instituir o plano diretor deverá ser revista, pelo menos, a cada dez anos; exigindo-se ampla

publicidade e participação popular na sua elaboração e fiscalização de sua ampliação (art. 40, §§ 3.º e 4.º, da Lei 10.257/2001). Tais revisões visam a adaptação da norma interna às realidades sociais das cidades.

O art. 41 do Estatuto da Cidade determina que o plano diretor, como mecanismo de organização dos municípios, é obrigatório nas cidades com mais de vinte mil habitantes; naquelas integrantes de regiões metropolitanas e aglomerações urbanas; nas cidades onde o Poder Público municipal pretenda utilizar os instrumentos previstos no § 4.º do art. 182 da CF/1988 (parcelamento ou edificação compulsórios, IPTU progressivo ou desapropriação mediante o pagamento de títulos da dívida pública); nas cidades integrantes de áreas de especial interesse turístico; e naquelas inseridas na área de influência de empreendimentos ou atividades com significativo impacto ambiental de âmbito regional ou nacional.

Por fim, o art. 42 da Lei 10.257/2001 consagra os requisitos mínimos do plano diretor, merecendo destaque as previsões quanto à organização dos municípios.

O plano diretor é essencial para a organização das cidades, porém a sua ausência não afasta a possibilidade de verificação de que há ou não violação das normas regulamentares da vizinhança. Dentro dessa ideia, pertinente transcrever julgado do Tribunal de Justiça de Rondônia, demonstrando que os problemas urbanos são típicos a cada região do País e que o plano diretor não precisa estar presente para que essas questões sejam analisadas pelo aplicador do direito:

> "Dano ambiental. Direito de vizinhança. Ofensa. Ausência de plano-diretor municipal. Residência. Madeireira. Providências para cessação ou diminuição da emissão de resíduos e ruídos. Ocorrendo ofensa a direito de vizinhança oriundo de dano ambiental causado pela madeireira vizinha, razoável é impor-se a esta a obrigação de adotar as medidas necessárias e eficazes para fazer cessar totalmente ou, não sendo isso possível, ao menos minorar substancialmente a emissão de resíduos e de ruídos aos níveis razoáveis e suportáveis aceitos pelos órgãos de controle da Saúde e do Meio Ambiente" (TJRO, 100.009.2003.003423-8 Apelação Cível, Origem: 00920030034238, Pimenta Bueno/RO (2.ª Vara Cível), Relator: Desembargador Renato Mimessi, Decisão: 04.10.2005).

Em tom crítico, apesar de toda essa previsão legislativa, a questão relativa ao planejamento das cidades está longe de ser, ao menos, satisfatória. Basta sobrevoar uma grande cidade brasileira para se chegar a essa constatação. O que se vê, na prática, são condomínios organizados rodeados por casas e barracos que se sobrepõem uns em cima dos outros. Vale dizer, contudo, que muitos desses condomínios também não são devidamente organizados, pois a regularização é somente aparente. Em grandes cidades como São Paulo, Rio de Janeiro e Salvador a situação chega a ser caótica.

Voltando ao Código Civil, nos termos do art. 1.278, o direito a que se refere o artigo antecedente não prevalece quando as interferências forem justificadas por interesse público, caso em que o proprietário ou o possuidor, causador delas, pagará ao vizinho indenização cabal. A título de ilustração, o proprietário deve tolerar a construção de açudes ou a passagem de rede elétrica por sua propriedade, cabendo, eventualmente, uma indenização. Mais especificamente, cumpre transcrever julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul em que se discutiu a passagem de rede elétrica:

> "Agravo de instrumento. 'Servidão de passagem'. Rede elétrica. Laudo técnico extrajudicial demonstrando o percurso mais indicado para a instalação de rede elétrica, que não pode passar por cima de açude existente no local. Programa 'Luz no Campo'. Prejuízos não demonstrados. A passagem de eletroduto pelo imóvel dos agravantes deverá, *oportuno tempore*, restar devidamente indenizada pelos agravados" (TJRS, Processo 70011730066, Data: 14.07.2005, Órgão julgador: 18.ª Câmara Cível, Juiz Rel. Mario Rocha Lopes Filho, Origem: Camaquã).

Sem prejuízo dessas regras, ainda que por decisão judicial devam ser toleradas as interferências, poderá o vizinho exigir a sua redução, ou eliminação, quando estas se tornarem possíveis (art. 1.279 do CC/2002). Ocorrendo modificação das circunstâncias, é possível também alterar, reduzindo ou até eliminando, as interferências externas da propriedade. Imagine-se o caso em que o proprietário tolerou a construção do açude em sua propriedade, mas este secou, não havendo mais razão de ser da interferência. Em tal situação, o proprietário do terreno poderá recuperar plenamente a utilização do imóvel.

Segundo o que consta do art. 1.280 do CC/2002, o proprietário ou o possuidor tem direito a exigir do dono do prédio vizinho a demolição, ou a reparação deste, quando ameace ruína, bem como que lhe preste caução pelo dano iminente. Em complemento ao que já foi afirmado, o comando legal acaba por prever três ações à disposição do vizinho nos casos de uso anormal da propriedade: *a ação demolitória, a ação de nunciação de obra nova* e *a ação de dano infecto*, que merecem ser exemplificadas. Em reforço, a norma consagra a possibilidade de o prejudicado pleitear perdas e danos, com a reparação também dos danos imateriais, conforme antes se destacou.

Como primeira concretização, quanto à ação demolitória, o Tribunal de Justiça de São Paulo entendeu ser cabível a demanda no caso de construção de muro divisório de modo anormal, havendo legitimidade passiva da construtora do imóvel:

"Direito de vizinhança. Construção. Ação demolitória de muro divisório cumulada com refazimento ou indenização. Legitimidade passiva 'ad causam' da construtora evidenciada, eis que proprietária do imóvel causador dos danos. Responsabilidade solidária com o corréu que assumiu a obra que, outrossim, auferiu os proveitos da construção, bem como o corréu engenheiro, responsável pelo andamento da construção. Sentença, à guisa do princípio da adstrição ou da congruência, que se mostra 'ultra petita', e que deve ser reduzida aos limites do pedido. Litigância de má-fé não evidenciada. Recurso parcialmente provido" (TJSP, Apelação Cível com Revisão 986.075-0/0, São José do Rio Preto, 25.ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Antônio Benedito Ribeiro Pinto, 19.09.2006, v.u., Voto 9.201).

Na mesma linha, esse Tribunal concluiu que cabe a demolição de muro divisório nos casos de invasão do imóvel vizinho: "Direito de vizinhança. Construção. Ação demolitória. Muro divisório. Invasão do terreno pelo autor comprovada pelo laudo pericial e matrícula dos imóveis. Inexistência de má-fé por parte do réu, que justifica a substituição da demolição pela composição em perdas e danos. Recurso provido em parte" (TJSP, Apelação Cível 899.515-0/9, São José do Rio Preto, 26.ª Câmara de Direito Privado, Relator: Vianna Cotrim, 14.08.2006, v.u., Voto 12.458).

Do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, é interessante a decisão que determinou a demolição da construção de um restaurante, pois oferecia risco às demais unidades:

"Ação demolitória. Uso nocivo da propriedade. Obras de implantação de restaurante. Prescrição. Risco e desconforto às demais unidades. Ação demolitória. Ausência de dano à propriedade propriamente dita. Demanda manejada contra obras que atentariam contra o direito de vizinhança. Dano permanente. Prescrição afastada. Prova de atentado ao sossêgo e de imposição de risco aos usuários das demais unidades. Art. 554, CCB/1916. Ação procedente. Demolição determinada. Deram provimento" (TJRS, Processo 70013511514, Data: 13.02.2007, Órgão julgador: 19.ª Câmara Cível, Juiz relator: Carlos Rafael dos Santos Júnior, Origem: Comarca de Porto Alegre).

O mesmo raciocínio foi adotado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, mas para fundamentar ação de dano infecto, aquela em que se fixa uma caução a favor da vítima do uso anormal da propriedade: "Direito de vizinhança. Poluição sonora. Estabelecimento comercial. Produção excessiva de ruídos sonoros com aparelhos musicais. Local situado em zona mista, predominantemente residencial. Fixação de limite para ruído externo em 50 db em função de perícia realizada. Ação relativa a dano

infecto parcialmente procedente. Recurso desprovido" (TJSP, Apelação 801.141-0/0, Jundiaí, 26.ª Câmara de Direito Privado, 08.05.2006, Rel. Des. Vianna Cotrim, v.u., Voto 11.925).

Encerrando as regras relativas ao uso anormal da propriedade, enuncia o art. 1.281 do atual Código Privado que o proprietário ou o possuidor de um prédio, em que alguém tenha direito de fazer obras, pode, no caso de dano iminente, exigir do autor delas as necessárias garantias contra o prejuízo eventual.

Essas garantias podem ser pessoais (caso da fiança) ou reais (caso do penhor, da hipoteca e da anticrese), e devem ser fixadas proporcionalmente, de acordo com o vulto das obras realizadas e dos imóveis envolvidos. Não sendo possível a fixação dessas garantias de forma consensual, poderá ser necessário ajuizar uma *ação de dano infecto*, cujo objetivo principal, como se sabe, é justamente a fixação de garantias a favor do proprietário ou possuidor.

4.3 DAS ÁRVORES LIMÍTROFES

Na sequência das regras relativas ao uso anormal da propriedade, o Código de 2002 trata das *árvores limítrofes*. Segundo o seu art. 1.282, a *árvore limítrofe* é aquela cujo tronco está na linha divisória de dois prédios, presumindo-se pertencer em comum aos donos dos prédios confinantes. Há uma presunção de constituição de um condomínio das partes específicas, presunção esta que é relativa (*iuris tantum*), pois a árvore pode ter sido plantada por apenas um dos proprietários confinantes.

Na prática, em relação a essas árvores, caberão as mesmas medidas judiciais previstas nos casos envolvendo o direito de vizinhança. A título de exemplo, se o vizinho utiliza essa árvore com intuito nocivo, caberá ação de execução de obrigação de fazer ou de não fazer, com a possibilidade de fixação da multa ou *astreintes*, e sem prejuízo das perdas e danos. Dentro dessa ideia, pode-se colacionar julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo, com interessante conclusão quanto às perdas e danos:

"Direito de vizinhança. Ação para cumprimento de obrigação de fazer c.c. indenização por perdas e danos. Árvores altas e limítrofes ao muro divisório. Obrigação de fazer prejudicada pela venda dos imóveis no curso da lide. Perda do objeto do pedido. Conjunto probatório, no entanto, favorável à indenização. Ação procedente neste tópico. Sentença reformada. Recurso provido" (TJSP, Apelação Cível 833.616-0/6, Campinas, 26.ª Câmara de Direito Privado, Relator: Norival Oliva, 14.05.2007, v.u., Voto 14.437).

Do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, transcreve-se outro julgado, que entendeu pela inviabilidade de ação de dano infecto, em caso envolvendo as árvores limítrofes. A conclusão foi assim, pois a árvore a ser cortada estava em extinção, o que demonstra que o instituto das árvores limítrofes deve necessariamente ser analisado diante da proteção do *Bem Ambiental*, nos termos do art. 225 da Constituição Federal:

"Ação de dano infecto. Direito de vizinhança. Árvore da espécie *araucaria angustifolia* na divisa dos imóveis. Danos e perturbações. Queda de grimpas e galhos. Prejuízos não comprovados. Pareceres do corpo de bombeiros, Ibama e Secretaria do Meio Ambiente da Prefeitura Municipal. Perigo iminente não evidenciado. Desnecessário o corte. Espécie ameaçada de extinção. Sentença mantida. Recurso desprovido. Não há deferir pedido de corte de espécie em extinção quando demonstrado, por perícia realizada pela prefeitura municipal e relatórios dos órgãos competentes, que a árvore do tipo *Araucaria angustifolia* não apresenta comprometimento de seus troncos ou galhos a ponto de causar danos ao terreno lindeiro, já que em perfeito estado de conservação. A queda de galhos ou folhas no terreno dos vizinhos, quando ocorrida apenas em situações esporádicas – vendavais –, não caracteriza mau uso da propriedade

a ponto de autorizar a derrubada de árvores" (TJSC, Apelação Cível 2006.015061-9, de Lages, Rel. Des. Fernando Carioni, Data da decisão: 19.09.2006, *DJSC Eletrônico* n. 86, edição de 01.11.2006, p. 29).

Esclarecida a questão da proteção ambiental, estatui o art. 1.283 do Código Civil Brasileiro que as raízes e os ramos de árvore que ultrapassarem a estrema do prédio poderão ser cortados, até o plano vertical divisório, pelo proprietário do terreno invadido. Em regra, a lei defere o *direito de corte* ao proprietário do imóvel que sofreu a invasão.

De qualquer modo, esse direito não pode comprometer a vida da árvore limítrofe, diante da função socioambiental da propriedade. A norma não se aplica ao corte de árvore que pertence ao bem público, o que pode caracterizar a presença de crime de dano: "Denúncia. Dano qualificado. Crime cometido contra o patrimônio público. Corte de galhos de árvores pertencentes à Municipalidade. Peça formalmente perfeita que descreve fatos que constituem o delito. Impossibilidade de rejeição com base em constituir a conduta mero ilícito administrativo, já punido. Suporte probatório suficiente para autorizar o recebimento. Inteligência do art. 163, parágrafo único, III, do CP" (TACrim/SP, *RT* 653/306).

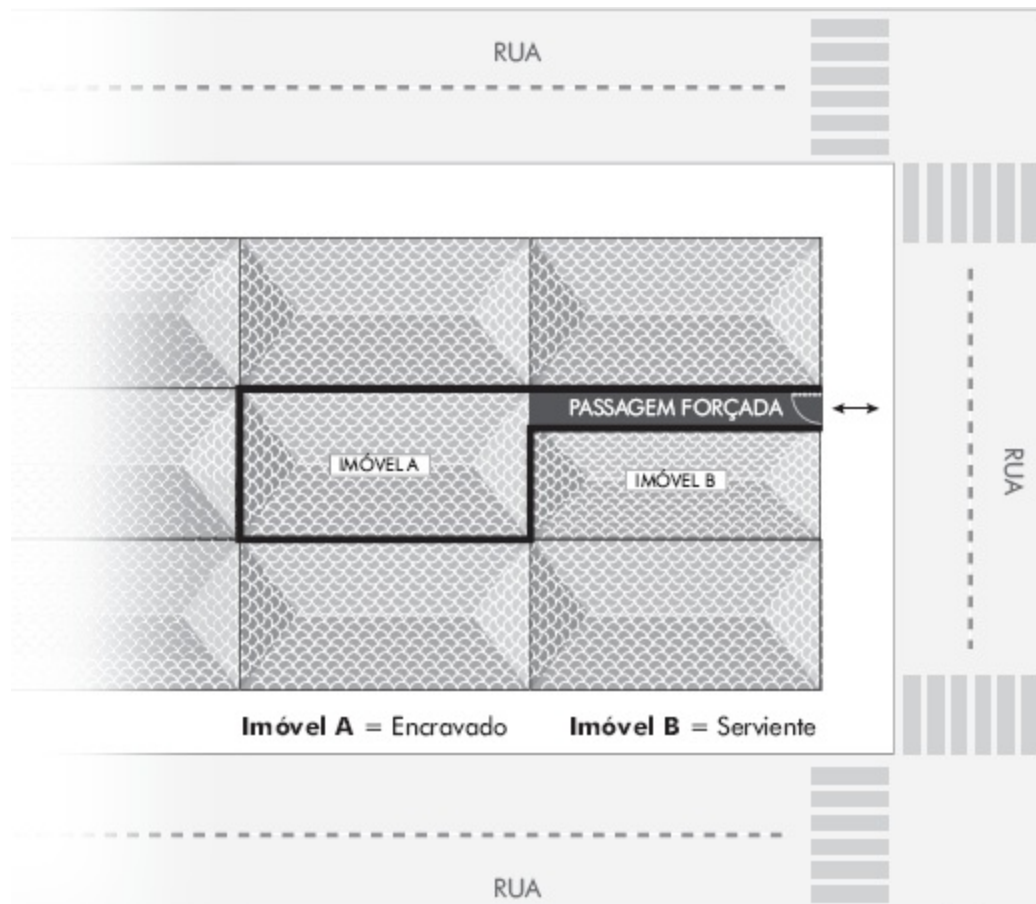
A encerrar o tratamento das árvores limítrofes, dispõe o art. 1.284 que "Os frutos caídos de árvore do terreno vizinho pertencem ao dono do solo onde caíram, se este for de propriedade particular". Eis aqui uma das poucas exceções à regra pela qual o acessório segue o principal (*princípio da gravitação jurídica*). Isso porque o dono das mangas não é o dono da mangueira, mas sim o dono do terreno onde as mangas caíram.

Como esclarece Marco Aurélio Bezerra de Melo, "encontramos na literatura jurídica a fundamentação dessa regra de origem germânica ligada à ideia de que se o vizinho sofre as interferências nocivas que os frutos caídos acarretam, nada mais justo que possa também usufruir dos proveitos, trazendo à baila a ideia de que a pessoa que tem o bônus também deve arcar com o ônus. Informa Pontes de Miranda que o "fundamento está no brocardo *wer den bösen Tropfen geniesst, geniesst auch den guten* (*Quem traga as gotas más que trague as boas*). O fruto cai, suja, mancha, atrai insetos, apodrece; o dono da árvore não vai limpar o chão, ou o terraço, ou a calçada do vizinho – que justificativa teria para ir buscar ou exigir os frutos bons que caírem" (*Direito das coisas*..., 2007, p. 195). Com esse importante esclarecimento, teórico e prático, encerra-se o estudo do instituto das árvores limítrofes.

4.4 DA PASSAGEM FORÇADA E DA PASSAGEM DE CABOS E TUBULAÇÕES

A categoria da passagem forçada continua alocada na parte que trata do direito de vizinhança, uma vez que constitui típico instituto relativo ao tema. Preceitua o *caput* do art. 1.285 do CC que "O dono do prédio que não tiver acesso a via pública, nascente ou porto, pode, mediante pagamento de indenização cabal, constranger o vizinho a lhe dar passagem, cujo rumo será judicialmente fixado, se necessário".

Confrontando o dispositivo com o art. 559 do CC/1916, percebe-se que houve a substituição da expressão "imóvel encravado", havendo atual menção àquele que não tem saída para a rua. Na essência, as expressões são sinônimas, querendo dizer a mesma coisa; a expressão de outrora ainda pode ser utilizada, para fins didáticos e práticos. Visando a entender a problemática relativa à

passagem forçada, pode ser elaborado o seguinte desenho, com uma *visão aérea*:

Como se pode notar no desenho, o imóvel *A* não tem saída para a rua, pois está cercado de casas por todos os lados. Sendo assim, haverá a necessidade de uma saída por *B*, para que o imóvel *A* tenha utilidade. O imóvel *A* é denominado *imóvel encravado*, enquanto que B é o *imóvel serviente*, uma vez que por ele haverá a passagem.

A função social da propriedade é o fundamento do instituto, nos termos do que prevê o art. 5.º, XXII e XXIII da CF/1988 e o art. 1.228, § 1.º, do CC/2002. No caso descrito, se não houvesse a passagem, o imóvel encravado não teria qualquer finalidade social. Como adentrar no imóvel? Pulando de paraquedas?

O Código Civil de 2002, com o intuito de melhor explicar e regulamentar a categoria jurídica, introduziu três parágrafos relativos a questões práticas da passagem forçada.

De início, dispõe o § 1.º do art. 1.285 que sofrerá o constrangimento o vizinho cujo imóvel mais natural e facilmente se prestar à passagem. Segue-se o espírito anterior de que a passagem forçada deve ser instituída da maneira menos gravosa ou onerosa aos prédios vizinhos.

Se ocorrer eventual alienação parcial do prédio serviente, de modo que uma das partes perca o acesso à via pública, nascente ou porto, o proprietário da outra deve tolerar a passagem (art. 1.285, § 2.º, do CC). A obrigação de tolerar a passagem forçada deve acompanhar a coisa, constituindo uma obrigação ambulatória ou *propter rem*.

A regra de tolerância nos casos de alienação deve ser aplicada ainda quando, antes da alienação, existia passagem através de imóvel vizinho, não estando o proprietário deste constrangido, depois, a dar uma outra (art. 1.285, § 3.º, do CC).

Diante do exposto, é claro e notório que a passagem forçada não se confunde com as servidões. Isso porque a primeira é instituto de direito de vizinhança; enquanto que as segundas constituem um direito real de gozo ou fruição. Além dessa diferença, a passagem forçada é obrigatória, diante da função social da propriedade; enquanto que as servidões são facultativas. Na passagem forçada há necessariamente o pagamento de uma indenização ao imóvel serviente; enquanto que nas servidões a indenização somente será paga se houver acordo entre os proprietários dos imóveis envolvidos. Por fim, quanto ao aspecto processual, de um lado há a *ação de passagem forçada*; do outro a *ação confessória*, fundada em servidões. A questão está devidamente aprofundada no Capítulo 6, que trata dos direitos reais de gozo ou fruição.

Pois bem, na jurisprudência a ação de passagem forçada já trouxe aplicações interessantes. Dentre elas destaca-se decisão do Superior Tribunal de Justiça que traz orientação pela qual o instituto da passagem forçada deve ser analisado de acordo com a evolução das ciências e com os ônus que deve suportar o proprietário do imóvel encravado. A conclusão decorrente dessas ideias é que não há necessidade de que o imóvel beneficiado seja *absolutamente encravado*:

> "Civil. Direitos de vizinhança. Passagem forçada (CC, [1916] art. 559). Imóvel encravado. Numa era em que a técnica da engenharia dominou a natureza, a noção de imóvel encravado já não existe em termos absolutos e deve ser inspirada pela motivação do instituto da passagem forçada, que deita raízes na supremacia do interesse público; juridicamente, encravado é o imóvel cujo acesso por meios terrestres exige do respectivo proprietário despesas excessivas para que cumpra a função social sem inutilizar o terreno do vizinho, que em qualquer caso será indenizado pela só limitação do domínio. Recurso especial conhecido e provido em parte" (STJ, REsp 316.336/MS, Rel. Min. Ari Pargendler, 3.ª Turma, j. 18.08.2005, *DJ* 19.09.2005, p. 316).

O julgado transcrito está totalmente de acordo com o teor do Enunciado n. 88, aprovado na *I Jornada de Direito Civil*, pelo qual "O direito de passagem forçada, previsto no art. 1.285 do CC, também é garantido nos casos em que o acesso à via pública for insuficiente ou inadequado, consideradas inclusive as necessidades de exploração econômica". O Tribunal Gaúcho tem-se orientado por tal tese:

> "Passagem forçada. Constatação de se tratar de imóvel encravado. É dispensável que o prédio seja absolutamente encravado, sendo suficiente, para o deferimento da proteção pleiteada, que o caminho indicado seja o mais adequado a atender às necessidades da postulante. Inteligência do art. 1.285, do CC. Desfazimento da construção sobre essa erigida que se mostra impositiva" (TJRS, Processo 70016115818, Data: 16.08.2006, Órgão julgador: Vigésima Câmara Cível, Juiz Relator José Aquino Flores de Camargo, Origem: Comarca de Caxias do Sul).

No que concerne à legitimidade para a ação de passagem forçada, a jurisprudência deduz, com razão, que ela atinge não somente o proprietário, mas também o possuidor do imóvel encravado: "Ilegitimidade 'ad causam'. Legitimidade ativa. Direito de vizinhança. Passagem forçada. Ação proposta por possuidor de imóvel encravado. Admissibilidade. Desnecessidade de ser proprietário do imóvel. Legitimidade reconhecida. Recurso provido" (TJSP, Apelação 7.031.282-2, Mairiporã, 24.ª Câmara de Direito Privado, Rel. Roberto Mac Cracken, 06.04.2006, v.u., Voto 146).

Esclareça-se que para o Tribunal Paulista, a ação de passagem forçada também cabe ao condômino se a sua fração real estiver em situação de encravamento (TJSP, Apelação 1.342.495-6, Taubaté, 11.ª Câmara de Direito Privado, 31.08.2006, Rel. Des. Gilberto Pinto dos Santos, v.u., Voto 8.136).

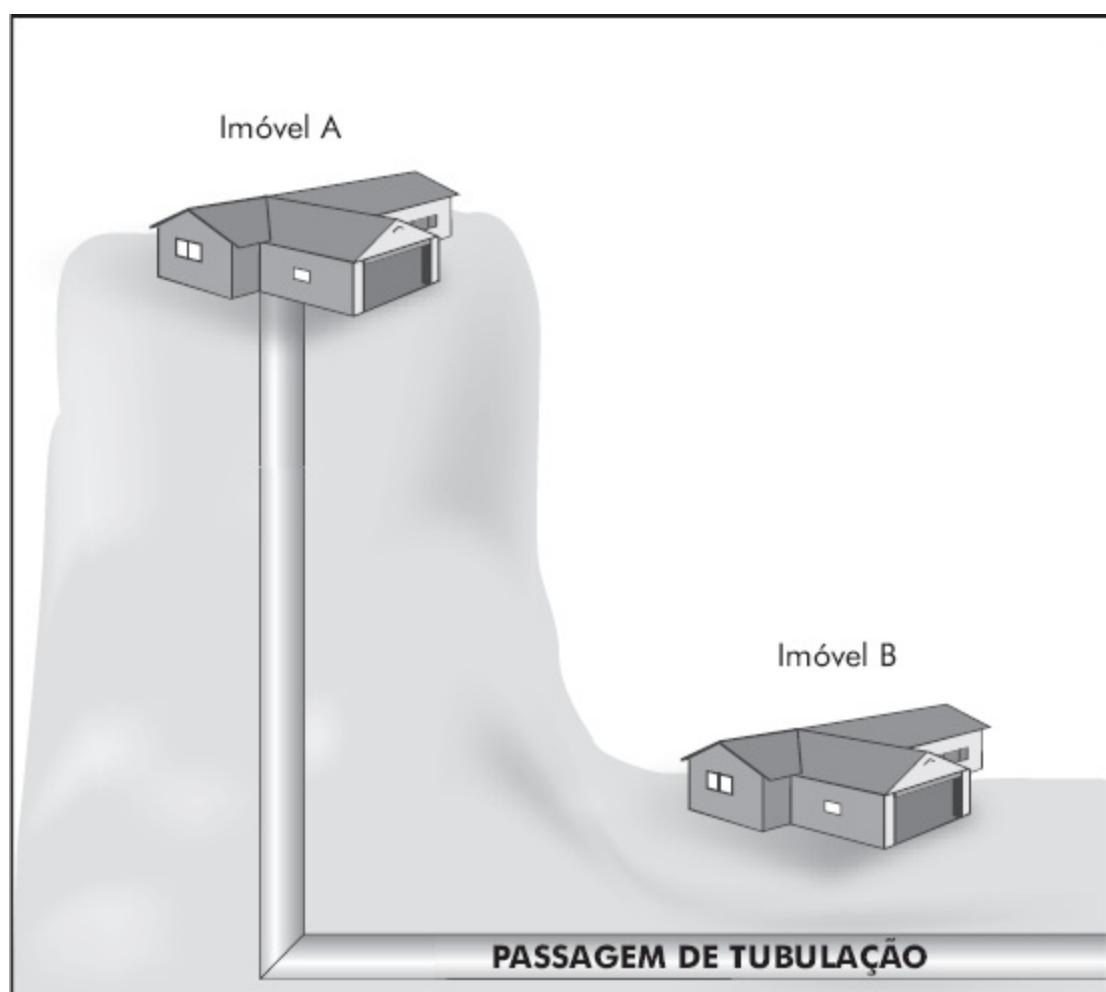
Superados tais exemplos, ao lado da passagem forçada, o Código Civil de 2002 passou a

disciplinar a *passagem de cabos e tubulações* como instituto de direito da vizinhança, nos seus arts. 1.286 e 1.287.

De acordo com o primeiro dispositivo, mediante recebimento de indenização que atenda, também, à desvalorização da área remanescente, o proprietário é obrigado a tolerar a passagem, por meio de seu imóvel, de cabos, tubulações e outros condutos subterrâneos de serviços de utilidade pública, em proveito de proprietários vizinhos, quando de outro modo for impossível ou excessivamente onerosa.

O instituto também está fundado na função social da propriedade, havendo, em reforço, um interesse público indireto, pois as passagens de cabos e tubulações atendem aos interesses de outras pessoas. O regime jurídico é muito próximo do da passagem forçada, o que justifica a proximidade legislativa. A propósito, destaque-se que a jurisprudência gaúcha reconheceu essa aproximação, no sentido de ser obrigatório ao vizinho suportar a passagem de tubulação de esgoto por seu imóvel (TJRS, Acórdão 70024051872, Ijuí, 20.ª Câmara Cível, Rel. Des. Niwton Carpes da Silva, j. 06.08.2008, *DOERS* 22.08.2008, p. 97).

A introdução dos institutos no Código de 2002 se deu, segundo a doutrina, diante da evolução tecnológica, pois não se imaginava, quando da elaboração do Código Civil de 1916, a existência constante de linhas de transmissão e energia elétrica, telefonia e processamento de dados ou de grandes adutoras subterrâneas (MALUF, Carlos Alberto. *Código Civil*..., 2004, p. 1.173).

O desenho a seguir demonstra um esquema relativo a uma tubulação de água, que deve ser concebida em regime de passagem forçada:

Da figura percebe-se que o imóvel *A* não tem como escoar as águas de seu prédio. Assim sendo, o imóvel *B*, serviente ou onerado, concederá a passagem das tubulações, até porque não é do interesse da coletividade que o esgoto fique represado no outro imóvel, o que causará um prejuízo ambiental.

Contudo, no caso descrito, o proprietário de *B* pode requerer que a instalação dos tubos seja realizada da maneira menos onerosa ou gravosa, princípio que também é aplicado para a passagem forçada (*princípio da menor onerosidade*). Essa é a regra do parágrafo único do art. 1.286 do CC/2002, *in verbis*: "O proprietário prejudicado pode exigir que a instalação seja feita de modo menos gravoso ao prédio onerado, bem como, depois, seja removida, à sua custa, para outro local do imóvel".

Ainda quanto ao instituto, determina o art. 1.287 do CC/2002 que, se as instalações oferecerem grave risco, será facultado ao proprietário do prédio onerado exigir a realização de obras de segurança.

Concluindo em relação ao novo instituto, o que se percebe é que a mudança foi substancial quanto à categorização jurídica. Isso porque a passagem de cabos e tubulações, na órbita privada, era tratada como servidão. Agora não mais, pois o correto enquadramento do tema está no direito de vizinhança, com um sentido de obrigatoriedade.

4.5 DAS ÁGUAS

As águas constituem partes integrantes do Bem Ambiental (art. 225 da CF/1988) e, sendo assim, merecem ampla proteção, para atender à *função socioambiental da propriedade*. Quanto ao direito de vizinhança, há regras específicas entre os arts. 1.288 a 1.296 do CC/2002, dispositivos que devem necessariamente ser analisados de acordo com a *proteção transgeracional ambiental*.

Inaugurando o tratamento do direito de vizinhança, determina o art. 1.288 do Código Privado que o dono ou o possuidor do prédio inferior é obrigado a receber as águas que correm naturalmente do superior, não podendo realizar obras que embaracem o seu fluxo. Isso justifica a instituição da passagem obrigatória de tubulações, nos termos do art. 1.286 do CC/2002.

Porém, enuncia ainda o art. 1.288 que a condição natural e anterior do prédio inferior não pode ser agravada por obras feitas pelo dono ou possuidor do prédio superior. Ilustrando, a construção das tubulações não pode simplesmente aniquilar a funcionalidade do prédio inferior, uma vez que a passagem deve ser da maneira menos gravosa, conforme se expôs (*princípio da menor onerosidade*).

Sob outro prisma, se, eventualmente, o proprietário do prédio inferior realizar obras que impeçam o escoamento das águas, caberá ação visando a afastar tal obstrução, sem prejuízo de eventuais perdas e danos, pelo ato ilícito praticado. Nessa linha de raciocínio, da atual jurisprudência:

"Apelação cível. Ação cominatória cumulada com indenização por danos materiais e morais. Pleito recursal limitado à reparação. Direito de vizinhança. Curso natural das águas pluviais de imóvel superior. Construção em imóvel inferior. Obstáculo ao escoamento. Impossibilidade. Ato ilícito configurado. Reparação dos danos materiais. Dano moral configurado. Sentença reformada. 1. Configura-se a prática de ato ilícito pelo dono do prédio inferior que ao realizar obras em seu imóvel, impossibilita o escoamento das águas pluviais que corriam naturalmente do imóvel superior, o que causa o desmoronamento de parte desta residência. 2. Se os elementos dos autos colacionados pelo próprio Réu, aliados às suas alegações, demonstram a conduta ilícita, ante violação ao disposto no art. 1.288 do Código Civil, impõe-se a procedência do pedido indenizatório, nos limites da pretensão recursal, pelos danos materiais e morais suportados pelo Autor em decorrência do *eventus damni*" (TJMG, Apelação cível n. 2213112-02.2007.8.13.0433, Montes Claros, Décima Sexta Câmara Cível, Rel. Desig. Des. José Marcos Vieira, julgado em 27.10.2010, *DJEMG* 17.12.2010).

Nos casos de escoamento artificial de águas, de um prédio superior para outro inferior, poderá o dono deste reclamar que se desviem, ou se lhe indenize o prejuízo que sofrer. Da indenização será deduzido o valor do benefício obtido, conforme preconiza o art. 1.289 do CC, incluído seu parágrafo único. O dispositivo vem recebendo críticas contundentes da doutrina contemporânea.

Para Marco Aurélio Bezerra de Melo, "A norma transcrita representa um retrocesso à concepção individualista da propriedade quiratária, pois permite que o dono do prédio inferior exija o desvio das águas artificialmente canalizadas pelo dono do prédio superior. Isso pode inviabilizar, eventualmente, uma melhor exploração do prédio superior. Expliquemos melhor. Pode acontecer de o dono do prédio superior ter realizado com outra pessoa a canalização de águas, mediante a servidão predial de aqueduto (art. 1.378) a fim de plantar arroz e não encontre outra forma de escoar as águas que não seja para prédio inferior. Se este exigir o desvio das águas, tornará impossível o plantio da referida cultura" (*Direito das coisas*..., 2007, p. 199). Em certo sentido, tem razão o desembargador carioca, que propõe a aplicação do art. 92 do Código de Águas pelo qual "Mediante indenização, os donos dos prédios inferiores, de acordo com as normas da servidão legal de escoamento, são obrigados a receber as águas das nascentes artificiais".

Entretanto, outra solução seria o enquadramento da hipótese no art. 1.286 do CC/2002, que trata da passagem de tubulações. Por esse caminho, a passagem pode ser tida como obrigatória, levando-se em conta a finalidade social dos imóveis envolvidos.

O art. 1.290 da codificação privada trata das nascentes das águas e do escoamento das águas pluviais. Determina esse comando legal que o proprietário de nascente, ou do solo onde caem águas pluviais, satisfeitas as necessidades de seu consumo, não pode impedir, ou desviar o curso natural das águas remanescentes pelos prédios inferiores. As nascentes são conceituadas pelo art. 89 do Código de Águas nos seguintes termos: "Consideram-se 'nascentes' para os efeitos deste Código, as águas que surgem naturalmente ou por indústria humana, e correm dentro de um só prédio particular, e ainda que o transponham, quando elas não tenham sido abandonadas pelo proprietário do mesmo".

Confrontando-se as duas normas, percebe-se que a regra do Código Civil está de acordo com o que consta do art. 90 do Código de Águas, pelo qual "O dono do prédio onde houver alguma nascente, satisfeitas as necessidades de seu consumo, não pode impedir o curso natural das águas pelos prédios inferiores".

Em conclusão do que consta de todos esses dispositivos, o proprietário do imóvel da nascente é obrigado a permitir o escoamento das águas pelos prédios inferiores, pois o curso de água que do seu imóvel surge tem importante finalidade social. Essa preocupação com a coletividade também inspira o art. 94 do Código de Águas, segundo o qual o proprietário de uma nascente não pode desviar o seu curso quando desta se abasteça uma população.

Vale dizer que o mesmo raciocínio de permissão serve, nos termos do Código Civil, para as águas pluviais, aquelas decorrentes das chuvas, conforme dispõe o art. 102 do Código das Águas. Prevê ainda o Decreto-lei 24.643/1934 que as águas pluviais pertencem ao dono do prédio onde caírem diretamente, podendo ele dispor delas à vontade, salvo existindo direito em sentido contrário (art. 103, *caput*).

A ressalva feita pela norma é que ao dono do prédio onde caírem as águas pluviais não é permitido: 1.º) desperdiçar essas águas em prejuízo dos outros prédios que delas se possam

aproveitar, sob pena de indenização aos proprietários dos mesmos; 2.º) desviar essas águas de seu curso natural para lhes dar outro, sem consentimento expresso dos donos dos prédios que irão recebê-las (art. 103, parágrafo único, do Decreto 24.643/1934).

A vedação da poluição das águas, conforme dispõe o § 1.º do art. 1.228 do CC/2002, consta igualmente do seu art. 1.291, pelo qual o possuidor do imóvel superior não poderá poluir as águas indispensáveis às primeiras necessidades da vida dos possuidores dos imóveis inferiores.

A parte final do último dispositivo é altamente criticável, pois expressa que "... as demais, que poluir, deverá recuperar, ressarcindo os danos que estes sofrerem, se não for possível a recuperação ou o desvio do curso artificial das águas".

Ora, a lei está admitindo, em sua literalidade, a possibilidade de poluição de águas, tidas como *não essenciais*, algo inadmissível em tempos atuais, diante da constante preocupação com o Bem Ambiental, o que culmina na adoção dos princípios da *precaução* e da *prevenção*.

Nesse contexto, o dispositivo acaba por ferir a ampla proteção legislativa do meio ambiente, sobretudo a que consta do art. 225 da Constituição e da Lei 6.938/1981. Por isso, na opinião deste autor, o comando legal deveria ser imediatamente revogado, em razão de sua inconstitucionalidade. Nem a sua parte inicial pode ser *salva*, uma vez que não se pode admitir a poluição de quaisquer águas, eis que todas são essenciais ao mundo contemporâneo. Como bem adverte Luiz Edson Fachin:

> "A mercantilização do dano ambiental que coroa a interpretação equivocada do princípio do 'poluidor-pagador' pode conduzir a conclusões como surgem da literalidade do art. 1.291: somente é proibida a poluição das águas indispensáveis à sobrevivência; quanto às demais, haveria uma pretensa 'faculdade', desde que com posterior reparação do prejuízo. Em uma sociedade na qual tudo teria valor de troca, poder-se-ia 'comprar' o 'direito' de poluir, com a *reificação* total do próprio meio ambiente. Essa hermenêutica – que pode decorrer da redação pouco elogiável do Código Civil – não é aceitável. A ilicitude da poluição se estende tanto ao possuidor que polui águas essenciais como àquele que polui águas não indispensáveis à vida dos possuidores dos prédios inferiores. Trata-se de um juízo que extrapola interesses individuais de natureza econômica, dizendo respeito à manutenção de um meio ambiente equilibrado" (FACHIN, Luiz Edson. Direitos de vizinhança..., 2004, p. 205).

Para tentar *salvar* o comando legal, na *III Jornada de Direito Civil*, aprovou-se o Enunciado n. 244 CJF/STJ, prevendo que "O art. 1.291 deve ser interpretado conforme a Constituição, não sendo facultada a poluição das águas, quer sejam essenciais ou não às primeiras necessidades da vida". Um dos autores da proposta que gerou o enunciado doutrinário é o desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro e doutrinador Marco Aurélio Bezerra de Melo, que, em síntese, assim fundamentou suas conclusões:

> "Através do artigo em tela, estabeleceu o legislador como limite quantitativo e qualitativo para a descarga de quaisquer rejeitos, as águas indispensáveis às primeiras necessidades da vida dos possuidores dos imóveis inferiores. Quanto às demais águas, eventualmente poluídas, ou seja, sem concorrência de culpa, trouxe a lume o princípio de direito ambiental denominado 'poluidor-pagador', incumbindo ao particular ou empresa poluidora o custo total da despoluição provocada. (...)
>
> O artigo em tela refere-se ao possuidor, dando ênfase, portanto, àquele que usa efetivamente o bem, explorando-o economicamente, podendo o mesmo confundir-se com a pessoa do proprietário, ou com a de qualquer outro possuidor em nome próprio ou alheio. Por outro lado, os tribunais têm entendido que a legitimidade para figurar no polo ativo da demanda é daquele que assume a qualidade de 'vizinho' prejudicado pela interferência nociva das águas particulares, seja possuidor ou detentor a qualquer título (v. Fachin, *Código Civil*, p. 109).
>
> Hoje, no entanto, sabemos que os recursos naturais não são inesgotáveis, e que o desenvolvimento e o progresso dependem tanto de uma indústria forte e moderna, quanto da pureza da água dos rios públicos ou particulares, mantendo-se a integridade dos ecossistemas naturais. O direito ao meio ambiente sadio é direito fundamental previsto no art. 225 da Constituição da República, cabendo não só ao Estado defendê-lo, mas cada um tem o direito de exigir do Estado e de terceiros que se abstenham de agressões ao mesmo. A poluição

capaz de afetar a vida dos possuidores contíguos ao imóvel poluente afeta ainda equilíbrio ecológico de grande área, daí porque o conceito de 'ambiente' em casos tais deverá ser chamado a servir de solução, ampliando o conteúdo das normas de direito estritamente privado".

As razões do jurista citado estão perfeitamente corretas, pois, quando se fala em Direito Ambiental, deve ser dada absoluta prioridade à precaução, não sendo admitida, em qualquer hipótese, a facultatividade da poluição. Por isso, talvez, o melhor caminho seja reconhecer a inconstitucionalidade do art. 1.291 do CC/2002.

Superado o estudo desse polêmico dispositivo, dispõe o art. 1.292 do atual Código que o proprietário tem o direito de construir barragens, açudes, ou outras obras para represamento de água em seu prédio. Se as águas represadas invadirem prédio alheio, será o seu proprietário indenizado pelo dano sofrido, deduzido o valor do benefício obtido. Mais uma vez deve ser dito que o direito de construção ou represamento não pode gerar danos ao meio ambiente, havendo necessidade da fiscalização das atividades pelas autoridades administrativas, com o Estudo de Impacto Ambiental (EIA) e o Relatório de Impacto ao Meio Ambiente (RIMA).

O art. 1.293 do Código Civil de 2002 trata do direito à construção do *aqueduto*, canais de recebimento ou transporte das águas. É a redação literal do dispositivo:

"Art. 1.293. É permitido a quem quer que seja, mediante prévia indenização aos proprietários prejudicados, construir canais, através de prédios alheios, para receber as águas a que tenha direito, indispensáveis às primeiras necessidades da vida, e, desde que não cause prejuízo considerável à agricultura e à indústria, bem como para o escoamento de águas supérfluas ou acumuladas, ou a drenagem de terrenos.

§ 1.º Ao proprietário prejudicado, em tal caso, também assiste direito a ressarcimento pelos danos que de futuro lhe advenham da infiltração ou irrupção das águas, bem como da deterioração das obras destinadas a canalizá-las.

§ 2.º O proprietário prejudicado poderá exigir que seja subterrânea a canalização que atravessa áreas edificadas, pátios, hortas, jardins ou quintais.

§ 3.º O aqueduto será construído de maneira que cause o menor prejuízo aos proprietários dos imóveis vizinhos, e a expensas do seu dono, a quem incumbem também as despesas de conservação".

Da leitura do comando legal, a conclusão é que o aqueduto deve atender a uma função social. Isso não afasta a possibilidade de fixação de uma indenização em favor dos vizinhos, se a sua instituição gerar prejuízos a outrem. O *princípio da menor onerosidade* também deve reger o instituto, o que resta claro pela sua instituição subterrânea.

O regime do *aqueduto* instituído pelo Código Civil passou a ser o mesmo da passagem de cabos e tubulações, ou seja, próximo à passagem forçada, pois preceitua o art. 1.294 do CC que "Aplica-se ao direito de aqueduto o disposto nos arts. 1.286 e 1.287".

Em conclusão, o que se percebe é que também o aqueduto deixou de ser uma simples servidão, como dispunham os arts. 117 a 138 do Código de Águas. Essa mudança de regime, passando a existir um sentido obrigatório, foi reconhecida na *III Jornada de Direito Civil*, com a aprovação do Enunciado n. 245, prevendo que "Muito embora omisso acerca da possibilidade de canalização forçada de águas por prédios alheios, para fins da agricultura ou indústria, o art. 1.293 não exclui a possibilidade da canalização forçada pelo vizinho, com prévia indenização dos proprietários prejudicados". Merecem destaque as razões do enunciado, proposto pela Defensora Pública do Rio de Janeiro Ana Rita Vieira Albuquerque:

"Ainda que não conste expressamente da norma, demonstrada que seja, diante do caso concreto, a necessidade do proprietário de determinado imóvel de canalização das águas através da propriedade alheia para fins agrícolas ou industriais, poderá o juiz ponderar acerca dos interesses em jogo, e dar à água a destinação mais consentânea à função social da propriedade e ao bem comum de acordo com as prioridades estabelecidas pelas leis especiais que regem a matéria. Assinale-se, no entanto, que nos termos do art. 20 da Lei que rege a Política Nacional de Irrigação, Lei 6.662/1979, alterada pela Lei 8.657/1993 o uso das águas públicas, para irrigação e atividades decorrentes, por pessoas físicas ou jurídicas, dependerá de prévia concessão ou autorização do Ministério do Interior. O regime de outorga de direitos de uso de recursos hídricos por parte do Poder Público, deve assegurar o controle quantitativo e qualitativo dos usos da água e o direito de acesso à água (Lei 9.433/1997, art. 11). Os usos preponderantes da água são classificados pela Resolução CONAMA 20/1986 em função da qualidade estabelecida, sendo certo que a prioridade é a do abastecimento doméstico, dispondo o art. 1.º, III, da Lei 9.433/1997, que, 'em situações de escassez, o uso prioritário dos recursos hídricos é o consumo humano e a dessedentação dos animais'. Quanto ao setor agrícola é contemplado pela Lei 8.171/1991, que estabelece a política agrícola, dispondo o art. 85, IV, quanto à irrigação e à drenagem que 'compete ao Poder Público apoiar estudos para a execução de obras de infraestrutura e outras relevantes ao aproveitamento das bacias hidrográficas, áreas de rios perenizados ou vales irrigáveis, com vista na melhor e mais racional utilização das águas para irrigação'. Diante dos dados estimativos de que a produção de alimentos deverá dobrar até 2.020 para satisfazer o aumento populacional, não se pode desprezar a importância da canalização da água para facilitar a exploração agrícola e industrial, principalmente através dos sistemas de irrigação, modernizando a agricultura e suprindo nossas necessidades no mercado interno e externo".

Ainda no que concerne ao *aqueduto*, determina o art. 1.295 do CC que ele não impedirá que os proprietários cerquem os imóveis e construam sobre ele, sem prejuízo para a sua segurança e conservação. Obviamente que tais obras, sendo necessárias para que o aqueduto cumpra sua função social, não podem ser impedidas. Desse modo, prevê o mesmo comando legal que os proprietários dos imóveis poderão usar das águas do aqueduto para as primeiras necessidades da vida.

Também é de se duvidar da constitucionalidade da redação do *caput* do art. 1.296 do CC pelo qual "Havendo no aqueduto águas supérfluas, outros poderão canalizá-las, para os fins previstos no art. 1.293, mediante pagamento de indenização aos proprietários prejudicados e ao dono do aqueduto, de importância equivalente às despesas que então seriam necessárias para a condução das águas até o ponto de derivação". O parágrafo único do dispositivo estabelece que terão preferência quanto a essas *águas supérfluas* os vizinhos que sejam proprietários dos imóveis atravessados pelo aqueduto.

As dúvidas que surgem são as seguintes: diante da escassez de água que atinge o Planeta Terra, existem realmente *águas supérfluas*? A redação do dispositivo não fere a proteção constante do art. 225 da Constituição?

A lesão à proteção ambiental resta clara. Mas, talvez, como supérfluas poderiam se enquadrar as águas poluídas. Entretanto, é imperioso apontar que as ciências têm encontrado meios de sua despoluição. De qualquer forma, salvando o dispositivo, há quem entenda que essa águas são aquelas excedentes, não essenciais para o titular do direito de aqueduto e, sendo assim, podem ser utilizadas pelos vizinhos (MELO, Marco Aurélio Bezerra de. *Direito das coisas*..., 2007, p. 201).

Porém, mais uma vez, na opinião deste autor, o melhor caminho é o de reconhecer a inconstitucionalidade do art. 1.296 do CC/2002, por lesão à proteção ambiental prevista no art. 225 da CF/1988.

4.6 DOS LIMITES ENTRE PRÉDIOS E DO DIREITO DE TAPAGEM

Superado o tratamento das águas, o Código Civil de 2002 traz regras relativas ao limite entre prédios – onde realmente surgem vários confrontos entre os vizinhos –, e o *direito de tapagem*, que vem a ser o direito que o proprietário de um imóvel tem de cercar, murar, valar e tapar de qualquer

modo o seu prédio urbano ou rural, nos termos do *caput* do art. 1.297 do Código Civil.

Em continuidade, prevê ainda o último dispositivo citado que o proprietário pode constranger o seu confinante a proceder com ele à demarcação entre os dois prédios, a aviventar rumos apagados e a renovar marcos destruídos ou arruinados, repartindo-se proporcionalmente entre os interessados as respectivas despesas.

Em suma, o artigo reconhece, em sua segunda parte, a possibilidade da *ação demarcatória*, assegurada nos termos do art. 946, I, do CPC, "ao proprietário para obrigar o seu confinante a estremar os respectivos prédios, fixando-se novos limites entre eles ou aviventando-se os já apagados". A ação demarcatória segue rito especial, na esteira das regras constantes entre os arts. 950 a 966 do CPC.

O § 1.º do art. 1.297 do CC/2002 dispõe a existência de um *condomínio necessário* entre os proprietários confinantes relativo aos intervalos, muros, cercas e os tapumes divisórios, sebes vivas, cercas de arame ou de madeira, valas ou banquetas – *tapumes comuns* ou *ordinários*. Nesse ponto da matéria é importante fazer menção às *ofendículas*, que para Washington de Barros Monteiro constituem elementos predispostos a lesar, ferir ou ofender caso alguém pretenda ingressar na propriedade alheia, o que constituíram *defesas preventivas*. Como exemplos, podem ser citadas as colocações de cacos de vidro em cima de muros, de grades de ferro com lanças ou mesmo das atuais cercas elétricas (*Curso*..., 2003, v. 3, p. 159).

Para a maioria da doutrina do Direito Penal, tais instrumentos são considerados como hipóteses de *legítima defesa preordenada*. Na visão civil, em regra, esses instrumentos representam o exercício regular de um direito, no caso do direito de propriedade (art. 188, I, do CC). Todavia, o art. 187 do CC serve como parâmetro, para que as *ofendículas* não constituam abuso de direito, gerando o dever de indenizar. Aprofundando, no caso de uma cerca elétrica, é interessante que o proprietário que a introduziu como proteção afixe uma placa informando do perigo. O dever de informar, como se sabe, é anexo à boa-fé objetiva, um dos requisitos legais para a configuração do abuso de direito.

Voltando ao § 1.º do art. 1.297, é importante salientar que a norma traz uma presunção relativa desse condomínio necessário, pois se admite prova em contrário (presunção *iuris tantum*). Os condôminos são obrigados, de conformidade com os costumes da localidade, a concorrer, em partes iguais, para as despesas de sua construção e conservação.

Como novidade, o § 2.º do art. 1.297 do CC determina que as sebes vivas, as árvores, ou plantas quaisquer, que servem de marco divisório, só podem ser cortadas, ou arrancadas, de comum acordo entre proprietários. Apesar desse reconhecimento legislativo, note-se que as sebes, as árvores e as plantas fazem parte da fauna, não sendo tolerável, em regra, a sua destruição, diante da proteção do Bem Ambiental.

O § 3.º do art. 1.297 admite a construção de *tapumes especiais* para impedir a passagem de animais de pequeno porte, ou para outro fim. Essa construção pode ser exigida de quem provocou a necessidade deles, pelo proprietário, que não está obrigado a concorrer para as despesas.

O que se percebe, portanto, nos termos da norma jurídica, é que os *tapumes comuns* envolvem as divisórias em geral, caso das cercas e muros que dividem a propriedade, havendo divisão das despesas pelos confinantes. Já os *tapumes especiais* são aqueles que vedam a passagem dos animais, devendo arcar por eles os proprietários dos bens semoventes. Ilustrando os últimos podem ser

citados os mata-burros e as cercas de arame que vedam a passagem de aves (DINIZ, Maria Helena. *Código Civil*..., 2005, p. 1.044).

Encerrando o tratamento do direito de tapagem, sendo confusos os limites entre as propriedades, em falta de outro meio, se determinarão de conformidade com a posse justa (art. 1.298 do CC). Pelo mesmo comando legal, não sendo essa posse justa provada, o terreno contestado se dividirá por partes iguais entre os prédios, ou, não sendo possível a divisão cômoda, se adjudicará a um deles, mediante indenização ao outro.

Assim, a prioridade é a definição dos limites pela posse justa (art. 1.200 do CC). Não havendo tal prova, haverá determinação, em ação demarcatória, da linha divisória das propriedades. Isso fica claro pelo que consta dos arts. 955 e 958 do CPC, que tratam da referida demanda, a saber:

"Art. 955. Havendo contestação, observar-se-á o procedimento ordinário; não havendo, aplica-se o disposto no art. 330, II".

"Art. 956. Em qualquer dos casos do artigo anterior, o juiz, antes de proferir a sentença definitiva, nomeará dois arbitradores e um agrimensor para levantarem o traçado da linha demarcanda".

"Art. 957. Concluídos os estudos, apresentarão os arbitradores minucioso laudo sobre o traçado da linha demarcanda, tendo em conta os títulos, marcos, rumos, a fama da vizinhança, as informações de antigos moradores do lugar e outros elementos que coligirem.

Parágrafo único. Ao laudo, anexará o agrimensor a planta da região e o memorial das operações de campo, os quais serão juntos aos autos, podendo as partes, no prazo comum de 10 (dez) dias, alegar o que julgarem conveniente".

"Art. 958. A sentença, que julgar procedente a ação, determinará o traçado da linha demarcanda".

Percebe-se que o trabalho será de engenharia, a fim de se determinar por trabalho técnico qual a propriedade de cada um. Se a divisão da área não for cômoda, levando-se em conta a função social da propriedade e o caso concreto (particularmente o *animus* dos envolvidos), caberá ação de adjudicação da área por um dos confinantes, sendo indenizado o outro.

4.7 DO DIREITO DE CONSTRUIR

O direito de construir é o último tópico relativo ao direito de vizinhança, surgindo igualmente neste ponto situações conflituosas e endêmicas relativas à propriedade. As regras são detalhadas e, como se verá ao final, envolvem tanto questões materiais quanto processuais. Vejamos.

De início, o Código Civil reconhece ao proprietário, como regra geral, amplos direitos de construir, prevendo o seu art. 1.299 que o proprietário pode levantar em seu terreno as construções que lhe aprouver, salvo o direito dos vizinhos e os regulamentos administrativos. Quanto aos direitos de vizinhos, podem ser citados os limites constantes do art. 1.228, § 2.º (configuração do abuso de direito) e do art. 1.277 do Código Civil (uso anormal da propriedade).

No que concerne aos regulamentos administrativos, cite-se o plano diretor, que visa à organização das cidades, conforme dispõe o Estatuto da Cidade (Lei 10.257/2001). Em todos os casos não se pode esquecer que a função social e socioambiental da propriedade também representam claras restrições ao direito de construir (arts. 5.º, XXII e XXIII, 225 da CF/1988 e 1.228, § 1.º, do CC/2002).

Em todas as hipóteses envolvendo abusos no direito de construir caberá, por parte do proprietário prejudicado, a *ação demolitória*, que segue rito ordinário. Isso, sem prejuízo de outras medidas

processuais, caso da ação de nunciação de obra nova, da ação reivindicatória, das ações possessórias, da ação de obrigação de fazer e de não fazer, ou mesmo da ação de indenização pelos danos sofridos.

Pois bem, após essa regra geral, que já traz claras limitações, o que se percebe nos demais dispositivos relativos ao tema são específicas restrições ao direito de construir.

Isso fica claro pelo teor do art. 1.300 do CC/2002 pelo qual o proprietário construirá de maneira que o seu prédio não despeje águas, diretamente, sobre o prédio vizinho. O dispositivo tem um sentido mais amplo do que o art. 575 do CC/1916, seu correspondente, que previa: "O proprietário edificará de maneira que o beiral do seu telhado não despeje sobre o prédio vizinho, deixando entre este e o beiral, quando por outro modo o não possa evitar, um intervalo de 10 (dez) centímetros, pelo menos".

O objetivo de ambas as normas, de hoje e de outrora, é proteger contra o *estilicídio*, que vem a ser o despejo de água, principalmente de chuva, em outra propriedade. A título de exemplo, quanto ao tema, interessante trazer acórdão do Tribunal de Relação de Coimbra, Portugal:

> "I – A figura jurídica do 'estilicídio' visa atender às situações criadas pelos proprietários que deixam ficar os beirados dos telhados dos seus prédios urbanos a gotejar sobre prédios vizinhos.
>
> II – Uma vez constituída tal servidão – art. 1365º do CC – o proprietário do prédio serviente não pode levantar edifício ou construção que impeça esse escoamento das águas pluviais gota a gota, devendo realizar as obras necessárias para que o dito escoamento se faça sobre o seu prédio, sem prejuízo para o prédio dominante.
>
> III – Porém, o dono do prédio beneficiado com a dita servidão não pode agravar essa forma de escoamento, designadamente reunindo essas diversas quedas numa caleira e daí encaminhar as águas para um ponto de queda único" (Tribunal de Relação de Coimbra, Processo 3905/2005, Dr. Jaime Ferreira, Origem: Tribunal Judicial de São Pedro do Sul, Decisão: 31.01.2006).

Protegendo o direito à privacidade, e seguindo o exemplo do que constava do art. 573 do Código de 1916, o art. 1.301 do Código Civil de 2002 prevê que é proibido abrir janelas, ou fazer eirado, terraço ou varanda, a menos de metro e meio do terreno vizinho. Esse dispositivo é aplicado aos imóveis urbanos, pois, nos casos de imóveis rurais, a limitação é de três metros, conforme o art. 1.303 do CC/2002.

Não restam dúvidas de que há uma relação direta entres os comandos de direito da vizinhança e a proteção da vida privada da pessoa natural, nos termos do art. 5.º, X, da Constituição e do art. 21 do Código em vigor. Vários são os julgados em que se reconhece essa proteção da intimidade, cabendo a transcrição dos seguintes:

> "Direito de vizinhança. Violação. Ocorrência. Construção de eirado sem observância do recuo legal. Infração ao disposto no artigo 573 do CC. Varanda que invade, em visão, a intimidade da autora. Limitação ao direito de vizinhança. Desnecessidade, porém, de demolição, sendo suficiente a correção da falha, cuja possibilidade foi demonstrada. Recurso parcialmente provido" (TJSP, Rel. Jorge Almeida, Apelação Cível 135.348-1, Bananal, 18.02.1991).

> "Direito de vizinhança. Construção. Irregularidades na edificação. Responsabilidade da dona da obra nova, pelos prejuízos causados ao prédio vizinho. Determinação de fechamento em definitivo das janelas que devassam a intimidade do outro imóvel, bem como reparação pela desvalorização do bem no mercado imobiliário. Decisão mantida. Recurso improvido" (TJSP, Apelação Cível 1.024.839-0/0, Ubatuba, 35.ª Câmara de Direito Privado, Rel. José Malerbi, 25.06.2007, v.u., Voto 13.008).

Nesse sentido, continua com plena aplicação a Súmula 120 do Supremo Tribunal Federal, pela qual "Parede de tijolos de vidro translúcido pode ser levantada a menos de metro e meio do prédio

vizinho, não importando a servidão sobre ele".

Ainda com o objetivo de proteção da intimidade, prevê o § 1.º do art. 1.301 do CC, quanto aos imóveis urbanos, que as janelas cuja visão não incida sobre a linha divisória, bem como as perpendiculares, não poderão ser abertas a menos de setenta e cinco centímetros. Assim prevendo, o Código Civil de 2002 acaba por cancelar a Súmula 414 do Supremo Tribunal Federal, que enunciava: "Não se distingue a visão direta da oblíqua na proibição de abrir janela, ou fazer terraço, eirado, ou varanda, a menos de metro e meio do prédio de outrem". Isso porque o novo Código Civil passou a disciplinar, de forma distinta, a visão oblíqua, havendo previsão não a um metro e meio, mas a setenta e cinco centímetros.

Em continuidade, também há distinção quanto às aberturas para luz ou ventilação, pois o § 2.º do art. 1.302 do CC estabelece que as referidas proibições a elas não se aplicam, desde que as aberturas não sejam maiores de dez centímetros de largura sobre vinte de comprimento e construídas a mais de dois metros de altura de cada piso.

O prazo decadencial para a propositura da ação visando a desfazer a obra em desrespeito ao que consta dos arts. 1.300 e 1.301 (ação demolitória) está previsto no dispositivo seguinte, o art. 1.302 do CC, *in verbis*: "O proprietário pode, no lapso de ano e dia após a conclusão da obra, exigir que se desfaça janela, sacada, terraço ou goteira sobre o seu prédio; escoado o prazo, não poderá, por sua vez, edificar sem atender ao disposto no artigo antecedente, nem impedir, ou dificultar, o escoamento das águas da goteira, com prejuízo para o prédio vizinho".

Conforme aponta a doutrina contemporânea, a lei acaba por prever uma presunção absoluta de concordância com a obra se a ação não foi proposta no referido prazo (MELO, Marco Aurélio Bezerra de. *Direito das coisas*..., 2007, p. 209). Todavia, conforme anota Maria Helena Diniz, baseada em jurisprudência, o confinante ainda tem o direito de propor a ação de nunciação de obra nova, "que somente poderá ser deferida durante a construção para obstar que na edificação levantada no prédio vizinho se abra janela a menos de metro e meio da linha divisória ou se faça beiral que deite água no seu terreno (*RTJ* 100:426, *RJTJSP* 66:181, *RT* 551:87, 548:56, *RSTJ* 103:161)" (*Código Civil*..., 2005, p. 1.048).

Saliente-se, em reforço, que não há previsão de prazo decadencial em se tratando de vãos, ou aberturas para luz, seja qual for a quantidade, altura e disposição, pois o vizinho poderá, a todo tempo, levantar a sua edificação, ou contramuro, ainda que lhes vede a claridade (art. 1.302, parágrafo único, do CC).

Em reforço a toda essa disciplina de organização das cidades, determina o art. 1.304 do CC/2002 que nas cidades, vilas e povoados cuja edificação estiver adstrita a alinhamento, o dono de um terreno pode nele edificar, madeirando na parede divisória do prédio contíguo, se ela suportar a nova construção. Porém, nesse caso, o proprietário que assim o procedeu terá de embolsar ao vizinho metade do valor da parede e do chão correspondentes. Trata-se do que se denomina como *direito de travejamento* ou de *madeiramento*, ou seja, de colocar uma trave, viga ou madeira no prédio vizinho nos casos em que há o referido alinhamento.

Na doutrina clássica, o instituto é esclarecido por Washington de Barros Monteiro, em obra devidamente atualizada por Carlos Alberto Dabus Maluf, no seguinte sentido:

"No art. 1.304 o Código outorga ao proprietário o direito de madeirar na parede divisória do prédio contíguo, caso ela suporte a nova

construção. Corresponde esse direito à servidão de meter trave (*de tigni immittendi*) e subordinado está a duas condições: a) que a nova construção se levante em cidade, vila ou povoado; b) que a edificação esteja obrigada a determinado alinhamento. Se não existe este, pode o proprietário edificar pouco mais à frente, ou pouco mais atrás, evitando assim o madeiramento no prédio contíguo, a ser usado apenas como último recurso. Desde que o proprietário venha, porém, a madeirar o prédio adjacente, terá de embolsar o vizinho meio valor da parede e do chão correspondente" (*Curso*..., 2003, v. 3, p. 165).

O *direito de travejamento* ou *de madeiramento* consta ainda do art. 1.305, *caput*, do CC/2002, no tocante à parede-meia, pois segundo esse comando legal, o confinante, que primeiro construir, pode assentar a parede divisória até meia espessura no terreno contíguo, sem perder por isso o direito a haver meio valor dela se o vizinho a travejar, caso em que o primeiro fixará a largura e a profundidade do alicerce.

Reforçando a disciplina da parede-meia ou parede divisória, prevê o parágrafo único do art. 1.305, que se esta pertencer a um dos vizinhos e não tiver capacidade para ser travejada pelo outro, não poderá este último fazer-lhe alicerce ao pé sem prestar caução àquele, pelo risco a que expõe a construção anterior. Eventualmente, caberá a ação de dano infecto para se exigir a caução.

Em verdade, o que se percebe quanto à parede-meia ou parede divisória de dois imóveis é a existência de um condomínio necessário. Sendo dessa forma, o condômino da parede-meia pode utilizá-la até ao meio da espessura, não pondo em risco a segurança ou a separação dos dois prédios (art. 1.306 do CC). Segundo o mesmo dispositivo, um condômino deve sempre avisar previamente o outro das obras que ali pretende fazer; não pode, sem consentimento do outro, fazer, na parede-meia, armários, ou obras semelhantes, correspondendo a outras, da mesma natureza, já feitas do lado oposto. Tudo isso sem prejuízo das medidas judiciais cabíveis, caso da ação de nunciação de obra nova, da ação de dano infecto ou mesmo da ação demolitória.

A menção ao dever de informar mantém relação com a boa-fé objetiva, e a violação desse dever, havendo obras posteriores, pode gerar a configuração do abuso de direito, nos termos do art. 187 do CC/2002. Sendo assim, a responsabilidade do agente em abuso é objetiva, segundo o que consta do Enunciado n. 37 do CJF/STJ, aprovado na *I Jornada de Direito Civil, que traduz a posição da doutrina majoritária*.

Como novidade no que concerne à parede-meia, o art. 1.307 do Código de 2002 introduziu o *direito de alteamento*, que é o direito que tem o proprietário de aumentar a sua altura. De acordo com o último comando legal, qualquer dos confinantes pode altear a parede divisória, se necessário reconstruindo-a, para suportar o alteamento. O confinante que realiza as obras arcará com todas as despesas, o que inclui as de conservação, ou com metade, se o vizinho adquirir meação também na parte aumentada.

A proteção da parede-meia veda que se encoste a ela chaminés, fogões, fornos ou quaisquer aparelhos ou depósitos suscetíveis de produzir infiltrações ou interferências prejudiciais ao vizinho (art. 1.308 do CC). A vedação permite ao proprietário lindeiro que demande a nunciação ou a demolição da obra. Aqui, há um intuito de proteger a sua estrutura, uma vez que a parede-meia tem flagrante função social. Trata-se, em suma, de clara restrição aos direitos dos condôminos necessários. Como exceção, determina o parágrafo único do dispositivo que a vedação não abrange as chaminés ordinárias e os fogões de cozinha.

Para encerrar, cumpre comentar os cinco dispositivos que fecham, no Código Civil, o tratamento do tema relativo ao direito de construir.

O primeiro dispositivo tem relação com a proteção das águas e melhor seria se estivesse situada no tópico que trata do tema. Dispõe o art. 1.309 do CC/2002 que são proibidas construções capazes de poluir, ou inutilizar, para uso ordinário, a água do poço, ou nascente alheia, a elas preexistentes. A norma já constava do Código Civil de 1916 (art. 584) e ganhou reforço pela proteção constitucional do Bem Ambiental (art. 225 da CF/1988). No mesmo sentido, porém mais específico, o art. 1.310 do Código proíbe que o proprietário faça escavações ou quaisquer obras que tirem ao poço ou à nascente de outrem a água indispensável às suas necessidades normais.

Como novidade, o Código Civil de 2002 veda a realização de obras ou serviços suscetíveis de provocar desmoronamento ou deslocação de terra, ou que comprometa a segurança do prédio vizinho. Nos termos do art. 1.311, *caput*, tais obras somente são possíveis após haverem sido feitas as obras acautelatórias. Realizada a obra em desrespeito ao que dispõe o dispositivo, serão cabíveis a ação de nunciação de obra nova, de dano infecto ou mesmo a ação demolitória. Sem prejuízo disso, o proprietário do prédio vizinho tem direito a ressarcimento pelos prejuízos que sofrer, não obstante haverem sido realizadas as obras acautelatórias (art. 1.311, parágrafo único, do CC).

A responsabilidade civil, com a aplicação do *princípio da reparação integral dos danos*, é reconhecida como caminho a ser percorrido pelo proprietário prejudicado, sem prejuízo da demolição das construções feitas (art. 1.312 do CC).

Desse modo, além da destruição das obras que infringem as normas civis, o prejudicado pode requerer a reparação dos *danos materiais*, nas categorias de danos emergentes (o que a pessoa efetivamente perdeu) e lucros cessantes (o que a pessoa razoavelmente deixou de lucrar); *danos morais* (lesão a direitos da personalidade) e *danos estéticos* (havendo algum dano físico no caso concreto – Súmula n. 387 do STJ). Analisando o *estado da arte* do tema no Brasil, esses são os danos reparáveis segundo a nossa jurisprudência. Entretanto, conforme salientado no Volume 2 desta coleção, há uma tendência de ampliação dos *novos danos*, caso dos *danos morais coletivos* e dos *danos sociais*, que por igual podem estar caracterizados em decorrência de uma obra ilegal ou ilegítima. Para aprofundamentos, recomenda-se a leitura daquele volume da presente coleção. Reconhecendo o direito de cumulação dos danos, cumpre transcrever decisões jurisprudenciais:

> "Dano moral. Responsabilidade civil. Nunciação de obra nova/demolitória c/c indenização. Danos comprovadamente causados ao imóvel do autor em virtude de construção de edifício pelo réu. Autor que teve que se retirar de sua residência com seus familiares, e de lá permanecer afastado por longo período. Caracterização dos danos morais. Indenização fixada com atenção especial para o grande sofrimento do autor e para a também expressiva culpa do causador dos danos. Recurso do réu improvido e provido em parte do autor" (TJSP, Apelação Cível 818.468-00/2, São Paulo, 25.ª Câmara de Direito Privado, Relator: Ricardo Pessoa de Mello Belli, 29.11.2005, v.u., Voto 455).

> "Direito de vizinhança. Construção. Ação demolitória de muro divisório cumulada com refazimento ou indenização. Legitimidade passiva 'ad causam' da construtora evidenciada, eis que proprietária do imóvel causador dos danos. Responsabilidade solidária com o corréu que assumiu a obra que, outrossim, auferiu os proveitos da construção, bem como o corréu engenheiro, responsável pelo andamento da construção. Sentença, à guisa do princípio da adstrição ou da congruência, que se mostra 'ultra petita', e que deve ser reduzida aos limites do pedido. Litigância de má-fé não evidenciada. Recurso parcialmente provido" (TJSP, Apelação Cível com Revisão 986.075-0/0, São José do Rio Preto, 25.ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Antônio Benedito Ribeiro Pinto, 19.09.2006, v.u., Voto 9.201).

Todavia, muitas vezes, como na presente obra foi demonstrado, o que se percebe é que a jurisprudência determina a substituição da demolição pela satisfação das perdas e danos tão somente se isso for possível. O julgado a seguir demonstra muito bem essa tendência:

“Nunciação de obra nova. Construção. Muro na divisa do terreno. Alegação de invasão do imóvel do autor, além de ter prejudicado a passagem de luz e ventilação de seu imóvel. Desacolhimento. Prova pericial firme no sentido de que se o muro lindeiro, em sua extremidade, invadiu a área do autor em 7,0 cm, o terreno deste, em sua testada, adentrou no imóvel do réu em 22 cm, resultando em área invadida pelo autor a maior. Hipótese, ainda, que o prédio do autor tem menos de 1,5 metro de recuo em relação ao muro. Desacordo da construção com as regras pertinentes. Malefícios decorrentes da falta de adequada ventilação e luminosidade que surgiriam de qualquer maneira. Demolição e reconstrução do muro que acarretam maior custo que o pagamento da indenização. Pretensão demolitória substituída para perdas e danos, com perda da faixa de terreno pelos autores. Validade. Limitação do pedido à demolição que não podia subsistir. Ação improcedente. Recurso desprovido” (TJSP, Apelação 831.188-0/3, Pereira Barreto, 35.ª Câmara de Direito Privado, Rel. Mendes Gomes, 19.06.2006, v.u., Voto 10.852).

Por fim, o art. 1.313 do atual Código Civil, em decorrência da realização de obras, reconhece que o proprietário ou ocupante é obrigado a tolerar que o vizinho adentre no seu imóvel (*direito de penetração*), desde que haja prévio aviso, nas seguintes hipóteses:

a) Se o vizinho, temporariamente, dele for usar, quando indispensável à reparação, construção, reconstrução ou limpeza de sua casa ou do muro divisório. A título de exemplo, o proprietário deve tolerar a entrada do vizinho para reparos em paredes ou corte de galhos de árvores. Esse *direito de tolerância* é aplicado aos casos de limpeza ou reparação de esgotos, goteiras, aparelhos higiênicos, poços e nascentes e ao aparo de cerca viva (art. 1.313, § 1.º, do CC).
b) Para o vizinho apoderar-se de coisas suas, inclusive animais que ali se encontrem casualmente. Para ilustrar: o vizinho entra no imóvel de outrem para pegar uma bola de futebol ou um gato perdido. Uma vez sendo entregue a coisa buscada pelo vizinho, o proprietário, por razões óbvias, pode impedir novas entradas no imóvel (art. 1.313, § 2.º, do CC).

Mesmo havendo essa tolerância prevista em lei, se do seu exercício provier dano ao proprietário, terá o prejudicado direito a ressarcimento, aplicando-se o princípio da reparação integral dos danos, cobrindo a indenização dos três tipos de danos reparáveis no Brasil: danos materiais, danos morais e danos estéticos, se for o caso (art. 1.313, § 3.º, do CC). Ilustrando, imagine-se o caso em que as obras de reparos realizadas pelo vizinho fizeram desmoronar o telhado de uma casa, que veio a atingir os seus proprietários, causando-lhes danos físicos e patrimoniais.

RESUMO ESQUEMÁTICO

Diferenças entre passagem forçada e servidão de passagem	
Passagem forçada	**Servidão de passagem**
– Instituto de direito de vizinhança – Obrigatório – Há pagamento obrigatório de indenização ao imóvel serviente – Cabe ação de passagem forçada	– Direito real de gozo ou fruição – Não é obrigatória (facultativa) – Não há pagamento obrigatório de indenização ao imóvel serviente – Cabe ação confessória

Observação: A passagem de cabos e tubulações segue o regime da passagem forçada (arts. 1.286 e 1.287 do CC).

Outros conceitos importantes	
– Ofendículas	Defesas preventivas do imóvel. Ex.: cerca elétrica
– Aqueduto	Canais de recebimento ou transporte de água
– Estilicídio	Despejo de água (ex.: de chuva) na propriedade vizinha, o que é proibido
– Travejamento	Madeiramento de parede divisória
– Alteamento	Direito de aumentar a altura da parede-meia

QUESTÕES CORRELATAS

1. (TJ/MG 2007) Tratando-se do direito de vizinhança e do uso anormal da propriedade, de acordo com o Código Civil, é CORRETO dizer que:

(A) cabe ao proprietário do prédio, com exclusividade, exercer o direito de fazer cessar as interferências prejudiciais à segurança, ao sossego e à saúde dos que nele habitam provocadas pela propriedade vizinha.

(B) a limitação se impõe apenas a imóveis contíguos.

(C) não é necessário que se leve em consideração a natureza da utilização e localização do prédio.

(D) os direitos de vizinhança são direitos de convivência decorrentes da proximidade ou interferência entre prédios.

2. (Delegado de Polícia DF 2005) Valério construiu sua casa, fazendo uma sacada virada para o terreno de seu vizinho, Tomas, a uma distância de cinquenta centímetros de distância da linha divisória das duas propriedades. Três anos e dois meses depois, Tomas resolveu exigir-lhe o desfazimento da sacada, o que foi recusado por Valério. Nesse caso, pelas normas que regem o direito de vizinhança, pode-se afirmar que Tomas:

(A) não tem o direito de exigir o desfazimento da sacada, pois o prazo legal de um ano e um dia já se expirou;

(B) não tem o direito de exigir o desfazimento da sacada, pois o prazo legal de três anos já se expirou;

(C) ainda tem o direito de exigir o desfazimento da sacada, pois o prazo legal é de cinco anos;

(D) não tem o direito de exigir o desfazimento da sacada, pois a distância permitida em lei é exatamente de cinquenta centímetros;

(E) tem o direito de exigir o desfazimento da sacada, pois a distância permitida em lei é de no mínimo um metro.

3. (18.º PGR/MPF – Procurador da República 2002) Assinale a alternativa correta:

(A) a obrigação assumida pelo transportador é de meio, enquanto que a do mecânico, que se obriga a consertar um automóvel, é de resultado;

(B) a derrogação ou ab-rogação consiste na supressão total da norma anterior;

(C) os frutos, que poderiam ser colhidos e não foram, denominam-se pendentes;

(D) o direito de corte, pelo proprietário do terreno invadido, dos ramos de árvores que ultrapassarem a extrema do prédio não está condicionado à nocividade da invasão dos ramos.

4. (Magistratura/TJ-SC – 2007) Dos enunciados abaixo, assinale a alternativa INCORRETA.

(A) O proprietário de fonte não captada não pode impedir o curso natural das sobras dessas águas.

(B) As sebes vivas, as árvores ou plantas outras que servem de marco divisório, só podem ser cortadas de comum acordo entre os extremantes.

(C) O proprietário de um imóvel tem o direito de represar as águas em seu prédio, mediante a construção de barragens, açudes e outras sobras.

(D) Nos condomínios de parede-meia, é lícito ao proprietário encostar nas paredes divisórias chaminés ordinárias e fogões de cozinha.

(E) A passagem forçada é uma servidão imposta ao direito de propriedade.

5. (Advogado CEF 2006) Em relação ao direito das coisas, julgue o item a seguir: O proprietário de imóvel que se tornar encravado parcialmente em virtude de construção por ele edificada, objetivando a exploração econômica do imóvel, tem direito de exigir do vizinho que lhe deixe passagem, comunicação com via pública, mediante pagamento de indenização.

6. (AGU – 2009) Considerando a disciplina do direito das coisas no CC, julgue o item abaixo.

A passagem de uma tubulação de gás sob um terreno pertencente a outrem constitui uma servidão, porém seu caráter contínuo ou descontínuo é determinado pelo uso da estrutura, visto que somente a utilização efetiva e ininterrupta determina o caráter contínuo da servidão.

7. (Juiz de Direito – TJ/SC – 2009) Assinale a alternativa correta:

(A) O proprietário de imóvel que não possuir acesso à via pública pode constranger o vizinho a lhe dar passagem independentemente de pagamento de indenização.

(B) O dono ou possuidor do prédio inferior é obrigado a receber as águas que correm naturalmente do superior.

(C) O proprietário pode, a qualquer tempo, exigir que o vizinho desfaça janela ou goteira sobre o seu prédio.

(D) Em zona rural, é defeso levantar edificação a menos de cinco metros do terreno vizinho.

(E) Não é permitido ao confinante encostar à parede divisória chaminés ordinárias, nem os fogões de cozinha, suscetíveis de produzir interferências prejudiciais ao vizinho.

8. (Juiz de Direito – TJ/SP 182.º) Assinale a alternativa correta.

(A) A existência de outro acesso não impede a passagem forçada.

(B) Passagem forçada e servidão de trânsito destinam-se a tornar mais fácil o acesso a via pública.

(C) Servidão de passagem está relacionada a prédio encravado e é presumida.

(D) Passagem forçada e servidão de trânsito implicam restrição ao direito de propriedade e decorrem, a primeira, da lei, a segunda, de manifestação de vontade.

9. (MAGISTRATURA/MG – VUNESP – 2012) Assinale a alternativa correta quanto ao direito de propriedade.

(A) Fixadas por decisão judicial devem ser toleradas as interferências, não podendo o vizinho exigir a sua redução, ou eliminação, ainda que estas se tornem possíveis.

(B) Os frutos caídos de árvore do terreno vizinho pertencem ao dono do solo onde caíram, se este for de propriedade particular.

(C) Somente os ramos de árvore, que ultrapassarem a estrema do prédio, poderão ser cortados, até o plano vertical divisório, pelo proprietário do terreno invadido.

(D) A propriedade do solo abrange a do espaço aéreo e subsolo correspondentes, abrangendo as jazidas.

10. (MPE RS – 2011) Assinale a alternativa correta com relação às árvores limítrofes.

(A) Tanto as raízes quanto os ramos que ultrapassarem a estrema do prédio poderão ser cortados até o plano vertical divisório pelo proprietário do terreno invadido.

(B) Somente as raízes da árvore que ultrapassarem a estrema do prédio poderão ser cortadas até o plano vertical divisório pelo proprietário do terreno invadido.

(C) Somente os ramos da árvore que ultrapassarem a estrema do prédio poderão ser cortados até o plano vertical divisório pelo proprietário do terreno invadido.

(D) Somente os frutos pendentes da árvore cujos ramos ultrapassarem a estrema do prédio poderão ser colhidos pelo proprietário do terreno invadido.

(E) A árvore, cujo tronco estiver na linha divisória, poderá ser arrancada por um dos proprietários dos prédios confinantes, se a sua presença estiver causando prejuízo, independentemente do consentimento do outro.

GABARITO

1 – D	2 – A
3 – D	4 – E
5 – Errada	6 – Errada
7 – B	8 – D
9 – B	10 – A

DO CONDOMÍNIO

Sumário: 5.1 Introdução. Conceito, estrutura jurídica e modalidades – 5.2 Do condomínio voluntário ou convencional: 5.2.1 Dos direitos e deveres dos condôminos; 5.2.2 Da administração do condomínio voluntário; 5.2.3 Da extinção do condomínio voluntário ou convencional. O direito de preferência tratado pelo art. 504 do Código Civil – 5.3 Do condomínio legal ou necessário – 5.4 Do condomínio edilício: 5.4.1 Conceito e estrutura interna. Regras gerais básicas. A questão da natureza jurídica do condomínio edilício; 5.4.2 Da instituição e da convenção do condomínio. O controle do conteúdo da convenção condominial; 5.4.3 Direitos e deveres dos condôminos. Estudo das penalidades no condomínio edilício. O condômino antissocial; 5.4.4 Da administração do condomínio edilício; 5.4.5 Da extinção do condomínio edilício – Resumo esquemático – Questões correlatas – Gabarito.

5.1 INTRODUÇÃO. CONCEITO, ESTRUTURA JURÍDICA E MODALIDADES

Verifica-se a existência do condomínio quando mais de uma pessoa tem a propriedade sobre determinado bem, seja ele móvel ou imóvel. De acordo com as lições de Rubens Limongi França, o condomínio "é a espécie de propriedade em que dois ou mais sujeitos são titulares, em comum, de uma coisa indivisa (*pro indiviso*), atribuindo-se a cada condômino uma parte ou fração ideal da mesma coisa" (LIMONGI FRANÇA, Rubens. *Instituições*..., 1996, p. 497). Ou ainda, conforme Caio Mário da Silva Pereira, "Dá-se condomínio, quando a mesma coisa pertence a mais de uma pessoa, cabendo a cada uma delas igual direito, idealmente, sobre todo e cada uma de suas partes" (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições*..., 2012, v. IV, p. 151).

Na situação condominial vários são os sujeitos ativos em relação ao direito de propriedade que é único, o que justifica a utilização dos termos *copropriedade* e *compropriedade*. Didaticamente, pode-se dizer que no condomínio duas ou mais pessoas têm os atributos da propriedade ao mesmo tempo, o GRUD. Na linha do exposto por Carlos Alberto Dabus Maluf, foi adotado no Brasil o sistema de *condomínio por quotas* – de acordo com a concepção romana e seguida pela grande maioria dos Países –, e não a *propriedade coletiva* ou *comunhão de mão comum* do direito germânico (MALUF, Carlos Alberto Dabus. *O condomínio*..., 1989, p. 1-2). O jurista cita, entre outros exemplos de condomínio, aqueles que são constituídos em decorrência do regime de bens do casamento, a comunhão nas sociedades, o condomínio de paredes e cercas, a comunhão nos edifícios de apartamentos autônomos e a comunhão hereditária.

Nesse contexto de dedução, a respeito da estrutura jurídica do condomínio, leciona Washington de Barros Monteiro que o Direito Brasileiro consagrou a *teoria da propriedade integral ou total*. Desse modo, há no condomínio uma propriedade "sobre toda a coisa, delimitada naturalmente pelos iguais direitos dos demais consortes; entre todos se distribui a utilidade econômica da coisa; o direito de cada condômino, em face de terceiros, abrange a totalidade dos poderes imanentes ao direito de propriedade; mas, entre os próprios condôminos, o direito de cada um é autolimitado pelo

de outro, na medida de suas quotas, para que possível se torne sua coexistência" (MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso*..., 2003, v. 3, p. 205-206).

Essa concepção é clara pela previsão do art. 1.314 do Código Civil de 2002, segundo o qual cada condômino pode usar da coisa conforme sua destinação, sobre ela exercer todos os direitos compatíveis com a indivisão, reivindicá-la de terceiro, defender a sua posse e alhear a respectiva parte ideal, ou gravá-la. Como se nota, todos os condôminos têm, em suas mãos e ao mesmo tempo, os quatro atributos do domínio.

Como se pode perceber pela simples organização desta obra, o condomínio tem *natureza real*, havendo um conjunto de coisas e não de pessoas. Desse modo, o condomínio não tem natureza contratual, sendo regido pelos princípios do Direito das Coisas. Nessa linha, as lições de Clóvis Beviláqua, que procurava diferenciar o condomínio da sociedade, afirmando que "A sociedade forma-se como os outros contratos, pelo concurso das vontades; o condomínio, além desse modo de formação, aliás escassamente usado, resulta mais de casos para os quais, como a herança, não intervém a vontade do consorte. (...). Finalmente, a sociedade é figura contratual pertencente ao direito das obrigações, e o condomínio é direito real e, naturalmente, se enquadra no direito das coisas" (BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito*..., p. 220).

Diante dessa constatação, entre outras, afirma-se que não há relação de consumo entre os condôminos, que exige uma situação obrigacional, conclusão retirada do seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça, relativo à construção de obra em regime de condomínio: "Civil e processual. Agravo no agravo de instrumento. Recurso especial. Ação de restituição. Contrato de edificação por condomínio. CDC. Inaplicabilidade. Incidência da Lei n. 4.591/64. – Na hipótese de contrato em que as partes ajustaram a construção conjunta de um edifício de apartamentos, a cada qual destinadas respectivas unidades autônomas, não se caracteriza, na espécie, relação de consumo, regendo-se os direitos e obrigações pela Lei n. 4.591/64. Agravo não provido" (STJ, AgRg no Ag 1.307.222/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3.ª Turma, j. 04.08.2011, *DJe* 12.08.2011). Como se verá ainda no presente capítulo, entende-se da mesma forma no tocante ao condomínio edilício, tema que receberá uma atenção especial por este livro.

Apesar da falta de previsão literal, o condomínio pode ser enquadrado no inc. I do art. 1.225 pela menção que se faz à propriedade, eis que a sua concepção é de uma copropriedade, comunhão de vários domínios ao mesmo tempo, o que justifica a expressão denominativa. De qualquer modo, na linha do defendido por esta obra, no sentido de ser o rol do art. 1.225 do CC meramente exemplificativo, o condomínio constitui um direito real criado pela lei, no caso tratado pela própria codificação privada.

O condomínio admite algumas classificações, levando-se em conta três diferentes critérios, o que é ponto inicial para o estudo da categoria (BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito*..., p. 220; MALUF, Carlos Alberto Dabus. O condomínio..., 1989, p. 54-56; DINIZ, Maria Helena. *Curso*..., 2009, v. 4, p. 209-210). De início, quanto à origem, o condomínio é classificado em *voluntário, incidente* e *necessário*.

O *condomínio voluntário* ou *convencional* é aquele que decorre do acordo de vontade dos condôminos, como exercício da autonomia privada. Em suma, nasce de um negócio jurídico bilateral ou plurilateral, em que há uma composição de interesses dos envolvidos, com finalidades específicas. A título de exemplo, alguns amigos compram um imóvel para investimentos em comum.

Ou ainda, na esteira de acórdão antes citado, a situação de pessoas que resolvem fazer uma construção em condomínio, em regime de incorporação imobiliária. No silêncio do instrumento de sua instituição, presume-se que a propriedade estará dividida em partes iguais, de acordo com o número de envolvidos (*concursu partes fiunt*). Destaque-se que o condomínio edilício, via de regra, tem essa origem, mas com estudo e tratamento em separado pela legislação. Por isso é que o condomínio abordado inicialmente pelo Código Civil, entre os seus arts. 1.314 e 1.326, é denominado como *tradicional*.

O *condomínio incidente* ou *eventual* origina-se de motivos estranhos à vontade dos condôminos, como nas hipóteses envolvendo o recebimento de bens como herança. Como é notório, aberta a sucessão pelo falecimento de alguém, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários (art. 1.784 do CC/2002). Desse modo, até a partilha há a instituição de um condomínio entre os sucessores.

Por fim, na classificação relativa à origem, há o *condomínio necessário* ou *forçado*, decorrente de determinação de lei, como consequência inevitável do estado de indivisão da coisa. Nasce dos direitos de vizinhança, tal como nas hipóteses de paredes, muros, cercas e valas (art. 1.327 do CC/2002).

Como segundo critério classificatório, há a divisão do condomínio quanto ao objeto ou conteúdo, dividindo-se o condomínio em *universal* e *particular*.

No *condomínio universal ou total* está compreendida a totalidade do bem, inclusive os seus acessórios, caso de frutos e benfeitorias. Em regra, o condomínio tem essa natureza, incidindo o *princípio da gravitação jurídica*, segundo o qual o acessório segue o principal. Por outra via, o *condomínio particular, parcial* ou *restrito* abrange determinadas coisas ou efeitos, o que geralmente é delimitado no ato de instituição ou por acordo entre as partes. A título de exemplo, as partes instituem que o condomínio atinge apenas as terras de uma fazenda, não englobando os frutos ali produzidos.

Por fim, quanto à forma ou divisão, o condomínio é *pro diviso* ou *pro indiviso*, classificação essa que, como visto, igualmente atinge a posse, pela ideia de composse (art. 1.199 do CC/2002).

No caso de *condomínio pro diviso*, é possível fixar, no plano corpóreo e fático, qual o direito de propriedade de cada comunheiro. Há, portanto, uma fração real atribuível a cada condomínio, não existindo o condomínio no plano fático, mas apenas juridicamente (DINIZ, Maria Helena. *Curso*..., 2009, v. 4, p. 210). A título de ilustração, podem ser citadas as partes autônomas ou individuais em um condomínio edilício.

Em havendo *condomínio pro indiviso*, não é possível determinar, de modo corpóreo, qual o direito de cada um dos condôminos que têm uma fração ideal. Em suma, o condomínio existente nos dois planos, seja fático, seja jurídico (DINIZ, Maria Helena. *Curso*..., 2009, v. 4, p. 210). Podem ser mencionadas as partes comuns no condomínio edilício.

Superada essa classificação introdutória, vejamos o estudo da matéria, levando-se em conta a organização da atual codificação geral privada.

5.2 DO CONDOMÍNIO VOLUNTÁRIO OU CONVENCIONAL

5.2.1 Dos direitos e deveres dos condôminos

Como ficou claro, o condomínio voluntário ou convencional é aquele que decorre do exercício da autonomia privada. Anote-se que o tratamento do CC/2002 a respeito dessa categoria exclui o condomínio em edificações ou edilício, que tem regulamentação em separado. Ilustrando, como hipótese de condomínio voluntário, imagine-se a situação em que cinco amigos adquirem uma casa no litoral do Brasil, para compartilharem o uso, a fruição e os gastos relativos ao imóvel. Ou, ainda, situação em que os herdeiros convencionam que os bens partilhados fiquem em condomínio em relação a todos.

O primeiro tópico a respeito do instituto na codificação privada refere-se aos direitos e deveres dos condôminos. Enuncia o outrora citado art. 1.314 do CC/2002 que cada condômino pode usar da coisa conforme sua destinação, sobre ela exercer todos os direitos compatíveis com a indivisão, reivindicá-la de terceiro, defender a sua posse e alhear a respectiva parte ideal, ou gravá-la. Repise-se que, pela norma, fica claro que cada condômino tem a propriedade plena e total sobre a coisa, o que é limitado pelos direitos dos demais.

Em relação à utilização da coisa conforme a sua destinação, essa é plena a favor de qualquer um dos condôminos, desde que compatível com a sua destinação. Como bem aponta Marco Aurélio S. Viana, "Dúvida não fica quanto à submissão de cada condômino à vontade da maioria, que delibera a utilização que se deva dar à coisa. Um imóvel admite várias destinações: ser alugado, ser cultivado ou adaptado para pastagem, ou sementeira. Cabe aos condôminos eleger uma das destinações que o imóvel permite, e, uma vez deliberado, essa é a destinação a que fica adstrito o comunheiro. (...). A deliberação dos condôminos vincula a todos quanto à utilização prática" (VIANA, Marco Aurélio S. *Comentários*..., 2003, v. XVI, p. 326).

Em complemento, estabelece o parágrafo único do art. 1.314 que nenhum dos condôminos pode alterar a destinação da coisa comum, sob pena do ingresso da ação cabível. Ilustrando, não pode um condômino dar uma destinação residencial ao imóvel, quando a maioria decidiu pela destinação comercial.

Se o bem é utilizado por um dos condôminos, este passa a dever uma remuneração aos demais, denominada na prática como *aluguel*. Sobre o tema, vejamos um primeiro aresto, da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, relativo a condomínio de bem em herança, em que se aplica, por analogia, regras relativas ao condomínio voluntário:

"Processual civil. Direito das coisas. Condomínio. Pagamento de alugueres. Frutos. Exercício do direito. Concomitância. Impedimento do usufruto. Resistência real. Cobrança. 1. Ação cujo objeto mediato revela pretensão de condômina-herdeira ao pagamento de alugueres em razão do uso exclusivo de bem imóvel recebido como herança inviabilizando o uso comum por outros condôminos. 2. O artigo 1.319 do novo Código Civil, correspondente ao artigo 627 do Código Bevilácqua, assim dispõe: 'Cada condômino responde aos outros pelos frutos que percebeu da coisa e pelo dano que lhe causou'. 3. A exegese do referido dispositivo pressupõe relação negocial onerosa entre um dos condôminos e o terceiro, posto cediço em doutrina que 'o não uso da coisa comum por alguns dos condôminos não lhe dá o direito a aluguer, ou prestação, que fique em lugar de uso que teria podido exercer, salvo negócio jurídico entre os condôminos' (Pontes de Miranda, in 'Tratado de Direito Privado', Borsoi, Tomo XII, 1955, pág. 41). 4. O uso exclusivo do condômino que enseja a pretensão de percebimento de aluguéis pressupõe oposição daquele titular em relação aos demais comunheiros, os quais, na forma da lei, podem postular a alienação judicial do bem em face da indivisão incompatível com a coabitação. 5. É que o condômino que habita o imóvel comum engendra exercício regular de direito somente encetando 'abuso de direito' se impede os demais do manejo de qualquer dos poderes inerentes ao domínio. 6. Isto por que, o instituto do Condomínio assenta-se na ideia de comunidade de direitos e tem como primado a possibilidade de todos os condôminos exercerem a um só tempo os atributos da propriedade, desde que de forma compatível com a situação de pluralidade de proprietários. 7. *In casu*, no exercício da ampla cognição a Turma que lavrou o acórdão embargado

assentou que: ‘na hipótese dos autos, uma única moradora, em imóvel de 130 m² não impede, pela sua simples presença no local, que outro condômino usufrua do bem e, como não há notícia de possível resistência a esta utilização, impõe-se a conclusão de que a utilização exclusiva, neste período, se deu por total desinteresse dos demais interessados, situação que não pode ensejar o pagamento de valores a título de aluguel da fração ideal’. 8. Subjaz, assim, consectária com a justiça da decisão, que o condômino deve comprovar de plano qual o cerceamento ou resistência ao seu direito à fruição da quota parte que lhe é inerente do bem imóvel, a fim de justificar a cobrança de frutos em razão de aluguel, o que inocorreu *in casu*. 9. Embargos de divergência desacolhidos” (STJ, EREsp 622.472/RJ, Rel. Min. Luiz Fux, Corte Especial, j. 05.10.2005, *DJ* 07.11.2005, p. 73).

Na verdade, não se trata de *aluguel*, pois esse é próprio da locação e não do condomínio, havendo falta de técnica na utilização da expressão. Assim, melhor se falar em *indenização pela fruição exclusiva do bem comum*. Anote-se que a jurisprudência nacional igualmente fixa tal *aluguel* no caso de utilização de imóvel em condomínio por um dos cônjuges, após o divórcio do casal. Nesse sentido: “Condomínio. Pedido de arbitramento de alugueres em decorrência do uso exclusivo pelo ex-marido de imóvel comum. Admissibilidade. Inteligência dos arts. 1.314 e 1.315 do Código Civil. Obrigação de pagar aluguéis pela utilização da parte da ex-mulher, que incide a partir da citação. Sentença parcialmente procedente. Recurso desprovido” (TJSP, Apelação 0007839-23.2009.8.26.0047, Acórdão 6320628, Assis, 7.ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Mendes Pereira, j. 07.11.2012, *DJESP* 30.11.2012).

O condômino pode exercer todos os direitos compatíveis com a indivisão. Assim, poderá gozar do bem, retirando os seus frutos, caso da locação, eis que os aluguéis constituem frutos civis ou rendimentos. Questão de dúvida diz respeito à possibilidade de um condômino locar o bem sem autorização dos demais. No termos do antes citado parágrafo único do art. 1.314, nenhum dos condôminos pode dar posse, uso ou gozo dela a estranhos, sem o consenso dos outros. Em complemento, cabe a locação do bem comum se isso for decidido pela maioria dos condôminos, nos termos da parte final do art. 1.323 do CC/2002. Em casos de cessão sem autorização, por óbvio, caberá ação de reintegração de posse ou reivindicatória em face do terceiro. Em suma, a falta de autorização não atinge a validade da locação, mas a sua eficácia.

Ademais qualquer um dos condôminos pode, isoladamente, propor ação possessória para proteção do bem, não havendo a necessidade de que todos os condôminos constem do polo ativo da demanda (por todos: TJSP, Apelação Cível 0104515-56.2010.8.26.0222, Acórdão 6496897, Guariba, 11.ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Rômolo Russo, j. 07.02.2013, *DJESP* 21.02.2013 e TJSP, Apelação 0016723-42.2010.8.26.0003, Acórdão 6478728, São Paulo, 11.ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Moura Ribeiro, j. 31.01.2013, *DJESP* 13.02.2013).

Em complemento, conforme a correta conclusão prática, “quando duas ou mais pessoas possuem o domínio da mesma coisa, tem-se um condomínio, podendo o condômino reivindicar a coisa, no todo ou em parte, nos termos do art. 1.314 do Código Civil” (TJMG, Apelação Cível 0103304-81.2010.8.13.0016, Rel. Des. Sebastião Pereira de Souza, j. 04.07.2012, *DJEMG* 13.07.2012). Essa reivindicação, nos termos da lei, independe de qualquer autorização dos demais condôminos.

Deve ficar claro que não cabe reintegração de posse por um dos condôminos contra os demais, presentes a composse e o condomínio *pro indiviso*. A ilustrar, do Tribunal Paulista:

“Coisa comum. Reintegração de posse. Autor que, na qualidade de coproprietário, pretende a reintegração na posse de bem utilizado pelos demais proprietários. Carência da ação corretamente decretada. Copossuidores que ostentam a mesma qualidade da posse, não havendo como deferir ao autor a reintegração pretendida. Esbulho não configurado. Eventual indenização pelo uso exclusivo do imóvel que poderá ser pleiteada em ação própria, mas não a escolhida. Além da composse, as partes são coproprietárias do bem, de sorte que

prevalece a regra constante no art. 1.314 do Código Civil. Condômino que não pode afastar o outro da posse da coisa comum. Precedentes desta Câmara. Sentença mantida. Recurso improvido" (TJSP, Apelação 994.06.018116-3, Acórdão 4555957, Socorro, 8.ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Salles Rossi, j. 16.06.2010, *DJESP* 07.07.2010).

Em outras palavras, somente caberá ação possessória de um condômino em face dos demais se o condomínio for *pro diviso*, ou seja, se for possível identificar qual a fração real de cada condômino. Em casos de condomínio *pro indiviso*, como há o amparo do direito de todos, a citada demanda não é cabível.

Por fim, estabelece a parte final do art. 1.314, *caput*, que o condômino pode alhear a respectiva parte ideal, ou gravá-la, presente o condomínio *pro diviso*. Essa alienação ou gravação independe de qualquer autorização dos demais condôminos. Há, na verdade, um direito de preferência a favor dos demais proprietários, tratado pelo art. 504 da codificação privada, norma que ainda será abordada nessa seção.

No que interessa à venda ou doação da parte dos demais condôminos, obviamente, não cabe a transmissão, sob pena de caracterização da alienação *a non domino*, por quem não é dono, hipótese de ineficácia do ato praticado.

No tocante à constituição de direito real sobre bem em condomínio, merece destaque o § 2.º do art. 1.420 do CC/2002, segundo o qual "A coisa comum a dois ou mais proprietários não pode ser dada em garantia real, na sua totalidade, sem o consentimento de todos; mas cada um pode individualmente dar em garantia real a parte que tiver". Fica a dúvida a respeito da ineficácia ou invalidade do ato praticado. Se for percorrido o caminho da alienação *a non domino*, a hipótese é de ineficácia. Porém, a este autor parece que a hipótese se enquadra no art. 166, inc. VI, segunda parte, do Código Civil, sendo caso de *nulidade virtual*, eis que a lei proíbe a prática do ato sem cominar sanção.

Seguindo no estudo dos deveres presentes no condomínio voluntário, o condômino é obrigado, na proporção de sua parte, a concorrer para as despesas de conservação ou divisão da coisa e a suportar os ônus a que estiver sujeito (art. 1.315 do CC/2002). Pelo parágrafo único da norma, há uma presunção relativa ou *iuris tantum* de igualdade das partes ideais dos condôminos, o que não afasta previsão em contrário entre os próprios condôminos. Leciona Marco Aurélio S. Viana que, "se as posições dos condôminos são *qualitativamente idênticas*, isso não implica em que sejam *quantitativamente idênticas*. Por isso eles concorrem na proporção de suas partes. Nada impede que elas sejam diferentes, tendo uns maior cota parte do que os outros" (VIANA, Marco Aurélio S. *Comentários*..., 2003, v. XVI, p. 332).

Não se olvide que a obrigação de pagar as despesas condominiais – em qualquer hipótese de condomínio – constitui uma obrigação *propter rem* ou *própria da coisa*, que acompanha o bem onde quer que ele esteja (*obrigação ambulatória*). Essa obrigação gera consequências específicas, algumas de maior gravidade, como a possibilidade de penhora do bem de família, tema que será ainda aprofundado.

A jurisprudência tem entendido que esse dever de pagar as despesas existe mesmo no caso de *condomínio de fato*, ainda não instituído juridicamente, como no caso de imóvel em construção. Nessa linha, decidiu o Tribunal Paulista: "Compra e venda. Ação de ressarcimento de danos materiais e morais. Agravo retido. Alegação dos réus de impedimento de testemunhas. Impedimento não caracterizado (art. 405, CPC). Indenização material decorrente de despesas com benfeitorias

necessárias e úteis. Obrigação de ressarcir os autores devida, mesmo que não esteja o condomínio formalmente constituído, visto que os réus são proprietários de 4 apartamentos no empreendimento (arts. 884, 1.219 e 1.315 do Código Civil)" (TJSP, Apelação Cível 0012447-70.2006.8.26.0079, Acórdão 6444798, Botucatu, 2.ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Eves Amorim, j. 18.12.2012, *DJESP* 23.01.2013). A conclusão é plausível, estando amparada na vedação do enriquecimento sem causa, nos termos do art. 884 da codificação privada.

Eventualmente, pode o condômino eximir-se do pagamento das despesas e dívidas, renunciando à parte ideal, conforme a novidade constante do art. 1.316 do Código Civil em vigor. Segundo as anotações de Sílvio de Salvo Venosa, "a renúncia, para o sentido do dispositivo, deve ser expressa, pois esse ato abdicativo nunca se presume. O condômino pode assim renunciar à sua parte ideal, a qual aproveita a todos os demais consortes" (*Código*..., 2010, p. 1.189). Para o doutrinador, a renúncia deve ser feita por escritura pública em se tratando de imóvel com valor superior a trinta salários mínimos, nos termos do art. 108 do CC. Diz, ainda, que, "se houver apenas dois condômino, com a renúncia de um, desaparece o condomínio" (VENOSA, Sílvio de Salvo. *Código*..., 2010, p. 1.189).

Nos termos do § 1.º do art. 1.316, se os demais condôminos assumirem as despesas e as dívidas, a renúncia lhes aproveita, adquirindo a parte ideal de quem renunciou, na proporção dos pagamentos que fizerem. Filia-se a Luiz Edson Fachin, para quem se opera uma sub-rogação, "pois, quando os demais condôminos avocam o passivo, a renúncia lhes dá vantagem, adquirindo eles a quota ideal de quem renunciou, na proporção dos estipêndios que fizerem" (FACHIN, Luiz Edson. *Comentários*..., 2003, v. 15, p. 183). Anote-se que essa posição é igualmente compartilhada por Francisco Eduardo Loureiro (*Código*..., 2010, p. 1.325).

Todavia, se não houver condômino que faça os pagamentos, a coisa comum será dividida de forma igualitária entre os condôminos restantes, ou seja, ocorrerá a extinção do condomínio (art. 1.316, § 2.º). A norma causa estranheza, pois a melhor solução seria dividir a parte do renunciante entre os demais condôminos, caso este não seja constituído apenas por duas pessoas. A divisão deveria ser na proporção das quotas dos outros condôminos, na linha de outras previsões relativas à matéria. Todavia, a premissa da extinção confirma a ideia de que o condomínio voluntário é algo não desejável pelas partes e pelo direito.

Trazendo debate a respeito da inovação, do Tribunal de Justiça de São Paulo, acórdão que afastou a subsunção do preceito em caso envolvendo condomínio de bens entre ex-cônjuges, pois a renúncia não restou comprovada. Nesse contexto, julgou pela presença do dever de pagar as despesas condominiais (TJSP, Apelação 0115801-93.2007.8.26.0009, Acórdão 5113914, São Paulo, 33.ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Eros Piceli, j. 09.05.2011, *DJESP* 16.05.2011).

Por fim, quanto ao art. 1.316, o antigo Projeto Ricardo Fiúza, atual PL 276/2011, pretende introduzir mais um parágrafo na norma, preceituando que "A renúncia prevista no *caput* deste artigo poderá ser prévia e reciprocamente outorgada entre os condôminos quando da celebração do acordo que tornar indivisa a coisa comum" (§ 3.º). A justificativa prática está na incidência da proposição para os casos envolvendo condomínios relativos a *shopping centers* (ALVES, Jones Figueirêdo; DELGADO, Mário Luiz. *Código*..., 2005, p. 654). No presente momento, a *renúncia prévia* deve ser vista com ressalvas, uma vez que não tratada expressamente pela lei, envolvendo tema delicado, qual seja, a extinção do exercício da propriedade.

Presente dívida contraída por todos os condôminos, sem se discriminar a parte de cada um na obrigação, nem se estipular solidariedade, entende-se que cada qual se obrigou proporcionalmente ao seu quinhão na coisa comum (art. 1.317 do CC/2002). Destaque-se que a previsão da cláusula de solidariedade ou *in solidum* não é comum na prática. Em suma, a obrigação dos condôminos é divisível e proporcional às suas quotas correspondentes, o que é plenamente justo e equânime. Apesar de ser divisível a obrigação, não se aplica a regra geral de divisão igualitária de acordo com número de partes, a máxima *concursu partes fiunt*, retirada do art. 257 da codificação privada. Prevalece, em casos tais, a divisão proporcional.

As dívidas contraídas por um dos condôminos em proveito da comunhão, e durante ela, obrigam o contratante. Porém, este tem ação regressiva contra os demais (art. 1.318 do CC). Segundo as lições de Carlos Alberto Dabus Maluf, "O condômino não é representante dos demais condôminos, nem está autorizado a realizar despesas em proveito comum. Por isso, obriga-se individualmente. Ora, como o benefício é de todos, o Código Civil de 2002 dá-lhe ação regressiva" (MALUF, Carlos Alberto Dabus. *Código*..., 2012, p. 1.442).

A exemplificar, se naquele caso do imóvel litorâneo dos cinco amigos houver uma dívida trabalhista relativa ao bem em nome de um deles, responderá este condômino, com direito de cobrança, via regresso, contra os demais consortes, sempre na proporção de suas participações no condomínio. Cumpre relevar que o último doutrinador citado acompanha o antigo entendimento de Virgílio Sá Pereira e Eduardo Espínola, que defendem o reembolso apenas das despesas necessárias e úteis, não das voluptuárias, o que é tido como majoritário (MALUF, Carlos Alberto Dabus. *Código*..., 2012, p. 1.442).

Ainda a respeito dos deveres e responsabilidades, enuncia o art. 1.319 do CC/2002 que cada condômino responde aos outros pelos frutos que percebeu da coisa e pelo dano que lhe causou. Os frutos aqui previstos, desde que colhidos ou percebidos, podem ser *naturais, industriais* (decorrentes de atividade humana concreta e efetiva) ou *civis* (rendimentos privados, caso do aluguel de imóvel). Estabelece o art. 1.326 da mesma codificação, em complemento, que os frutos da coisa comum, não havendo previsão em contrário, serão partilhados na proporção dos quinhões. Concretizando, se o imóvel em condomínio for locado a terceiro, os aluguéis devem ser divididos na proporção de cada um dos consortes.

Pois bem, frise-se que é o art. 1.319 do CC/2002 a norma que justifica o pagamento do outrora citado *aluguel*, caso um condômino utilize plenamente a coisa. Sem prejuízo dos arestos outrora colacionados, vejamos outro, relativo a condomínio entre ex-cônjuges, que traz interessante aplicação prática, pronunciado pelo Superior Tribunal de Justiça:

"Direito civil. Família. Recurso especial. Ação de cobrança de indenização entre ex-cônjuges, em decorrência do uso exclusivo de imóvel ainda não partilhado. Estado de condomínio. Indenização correspondente a metade do valor da renda de estimado aluguel, diante da fruição exclusiva do bem comum por um dos condôminos. Concorrência de ambos os condôminos nas despesas de conservação da coisa e nos ônus a que estiver sujeita. Possível dedução. Arts. 1.319 e 1.315 do CC/02. Com a separação do casal cessa a comunhão de bens, de modo que, embora ainda não operada a partilha do patrimônio comum do casal, é facultado a um dos ex-cônjuges exigir do outro, que estiver na posse e uso exclusivos de determinado imóvel, a título de indenização, parcela correspondente à metade da renda de um presumido aluguel, devida a partir da citação. Enquanto não dividido o imóvel, a propriedade do casal sobre o bem remanesce, sob as regras que regem o instituto do condomínio, notadamente aquela que estabelece que cada condômino responde aos outros pelos frutos que percebeu da coisa, nos termos do art. 1.319 do CC/02. Assim, se apenas um dos condôminos reside no imóvel, abre-se a via da indenização àquele que se encontra privado da fruição da coisa. Subsiste, em igual medida, a obrigação de ambos os condôminos, na proporção de cada parte, de concorrer para as despesas inerentes à manutenção da coisa, o que engloba os gastos resultantes da

necessária regularização do imóvel junto aos órgãos competentes, dos impostos, taxas e encargos que, porventura, onerem o bem, além, é claro, da obrigação de promover a sua venda, para que se ultime a partilha, nos termos em que formulado o acordo entre as partes. Inteligência do art. 1.315 do CC/02. Recurso Especial parcialmente provido" (STJ, REsp 983.450/RS, 3.ª T., Rel.ª Min.ª Fátima Nancy Andrighi, j. 02.02.2010, *DJE* 10.02.2010).

Por derradeiro, ainda em comentários ao art. 1.319 do CC/2002, em relação à responsabilidade pelo dano à coisa, essa é subjetiva, dependente de dolo ou culpa, nos termos do art. 186 da própria lei geral privada. Não se cogita a responsabilidade objetiva, por ausência de previsão legal e pela não configuração de uma atividade de risco na assunção da condição de condômino. Dessa forma, não incidem as previsões constantes do art. 927, parágrafo único, do CC/2002, geradoras da responsabilidade sem culpa. Ainda a respeito dessa responsabilidade do condômino, aduz Maria Helena Diniz, com base em jurisprudência, que, "se, porventura, um dos consortes vier a danificar o imóvel, deverá pagar proporcionalmente à quota-parte de cada comunheiro o valor do prejuízo que causou" (DINIZ, Maria Helena. *Código*..., 2010, p. 921).

Essas são as regras fundamentais relativas aos direitos e deveres dos condôminos, seguindo o estudo da administração do condomínio voluntário ou convencional.

5.2.2 Da administração do condomínio voluntário

Após consagrar as regras relativas aos direitos e deveres dos condôminos, o Código Civil Brasileiro de 2002 elenca preceitos relativos à administração do condomínio voluntário ou convencional, o que é fundamental para a sua manutenção e funcionamento.

De início, prevê o art. 1.323 do CC/2002 que, deliberando a maioria sobre a administração da coisa comum, escolherá o *administrador*, que poderá ser estranho ao condomínio. Esse administrador age com um *mandato legal*, representando todos os condôminos nos seus interesses. A possibilidade de escolha de quem não é condômino abre a possibilidade de atuação de um *administrador profissional*, que será devidamente remunerado. No caso de condomínio tradicional – que não seja o edilício –, melhor utilizar o termo *administrador*, e não a expressão *síndico*.

O mesmo comando estabelece que a maioria dos condôminos pode resolver alugá-la, havendo um *direito de preferência de locação*, em condições iguais, do condômino em relação àquele que não o é. O legislador não estabeleceu qual a consequência para o caso de o condômino ser preterido nessa locação. Para este autor, o melhor caminho é aplicar, por analogia, a mesma solução consagrada para o caso de preterição do direito de compra do condômino, nos termos do art. 504 do CC, norma que ainda será analisada. O parágrafo único deste último preceito igualmente serve para estabelecer qual a ordem de preferência entre os próprios condôminos. Na doutrina, essa é a opinião de Francisco Eduardo Loureiro, a quem se filia (*Código*..., 2010, p. 1.335).

Quanto aos aluguéis, reafirme-se a regra do art. 1.326 do CC, segundo a qual "os frutos da coisa comum, não havendo em contrário estipulação ou disposição de última vontade, serão partilhados na proporção dos quinhões". A norma é equânime e justa ao estabelecer a divisão de acordo com a participação de cada condômino. Eventualmente, podem os condôminos estabelecer o contrário, ou seja, uma outra forma de divisão dos frutos, desde que isso não traduza grande desproporção ou onerosidade excessiva. O condômino que usufrui exclusivamente de tais valores deve reparar os demais em tal proporção, sob pena de caracterização do enriquecimento sem causa. Conforme

instigante acórdão do Tribunal Paulista, é possível ação de cobrança de aluguéis recebidos exclusivamente por uma das herdeiras (TJSP, Apelação 9219161-78.2008.8.26.0000, Acórdão 6207268, São Paulo, 10.ª Câmara de Direito Privado, Rel.ª Des.ª Marcia Regina Dalla Déa Barone, j. 18.09.2012, *DJESP* 16.10.2012). Mais uma vez, tem-se a aplicação, por analogia, das regras do condomínio voluntário ao condomínio incidental.

Também atua com mandato legal o condômino que administrar o bem sem oposição dos outros, presumindo-se se tratar de representante comum (art. 1.324 do CC). Como bem apontado pela doutrina, trata-se de um *mandato tácito*, que visa à proteção de terceiros, notadamente de boa-fé, não outorgando poderes para a gravação ou alienação da coisa comum (VENOSA, Sílvio de Salvo. *Código*..., 2010, p. 1.194). Em suma, esse *mandato legal tácito* apenas abrange a administração do bem. A título de exemplo, podem ser encontrados acórdãos que concluem que a norma incide para o caso da ex-esposa que administra o imóvel que ainda está em condomínio com o ex-marido, ocupando o bem com os filhos (TJSP, Apelação Cível 235.562-4/8-00, Campinas, 4.ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Ênio Santarelli Zuliani, j. 20.04.2006).

Igualmente ilustrando tem-se aplicado a categoria do mandatário tácito para os casos de condomínio edilício irregularmente constituído, sem registro. Nesse contexto, concluiu o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro que "Isso, contudo, não retira daquela que se diz 'administradora informal' do condomínio o ônus de demonstrar terem os demais condôminos assim a designado – já que, segundo afirma, teria sido realizada reunião específica para tanto –, até para que seja possível verificar a regularidade da representação do demandante" (TJRJ, Apelação Cível 2008.001.17043, Paracambi, 3.ª Câmara Cível, Rel. Des. Ronaldo Rocha Passos, j. 28.04.2009, *DORJ* 05.06.2009).

A encerrar o estudo da administração do condomínio voluntário, quanto às decisões dos condôminos, estabelece o *caput* do art. 1.325 da codificação que a maioria será calculada pelo valor dos quinhões, e não pelo número de condôminos. Segundo parte da doutrina, essa forma de cálculo, com base no valor econômico, é a mais correta (MONTEIRO, Washington de Barros; MALUF, Carlos Alberto Dabus. *Curso*..., 2009, v. 3, p. 248; VENOSA, Sílvio de Salvo. *Código*..., 2010, p. 1.196). Assim, entende-se como maioria absoluta aquela cujos quinhões superam, economicamente, 50% do montante da propriedade.

De toda sorte, para Marco Aurélio Bezerra de Melo, o critério do valor econômico não é seguro, causando muita discordância, "cada qual considerando que a sua quota ideal é a mais valiosa que a de seu consorte. Melhor seria a adoção do disposto no art. 1.331, § 3.º, do Código Civil com redação dada pela Lei 10.931/04 que ao definir a fração ideal no condomínio edilício se vale da segura análise da área total em relação a parte inseparável, o que pode fisicamente ser comprovado" (MELO, Marco Aurélio Bezerra. *Direito*..., 2007, p. 227). Tem razão o Desembargador do Tribunal do Rio de Janeiro, representando o seu posicionamento uma unificação em matéria de condomínio, utilizando-se o mesmo critério tanto para o condomínio comum quanto para o condomínio edilício. De qualquer modo, esse entendimento, para ser efetivado, depende de alteração legislativa, *de lege ferenda*.

As deliberações dos condôminos têm força vinculativa obrigatória, sendo tomadas por maioria absoluta (art. 1.325, § 1.º, do CC). Em outras palavras, aplica-se a força obrigatória da convenção, a máxima *pacta sunt servanda*, sendo soberana a decisão. Ilustrando, se a maioria decidir que imóvel rural seja objeto de contrato de parceria agrícola, não cabe ação para reaver a coisa proposta por

somente um dos condôminos (TJSP, Apelação 992.08.023596-3, Acórdão 4287148, Jaú, 30.ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Orlando Pistoresi, j. 20.01.2010, *DJESP* 09.02.2010).

Eventualmente, a deliberação pode ser tida como nula, se entrar em conflito com normas de ordem pública ou preceitos constitucionais, tema que será aprofundado quando do estudo do condomínio edilício. Sobre a força da decisão da maioria, concluiu o Superior Tribunal de Justiça que "Os artigos 1.323 e 1.325, § 1.º, do Código Civil, que conferem à maioria dos condôminos, reunida, poder para definir a destinação do bem, espelham prerrogativa inerente à propriedade, não sendo suficientes para autorizar a persecução desse direito em sede de ação possessória" (STJ, AgRg no REsp 1.005.009/MG, 3.ª Turma, Rel. Min. Sidnei Beneti, j. 16.06.2009, *DJE* 24.06.2009).

Não sendo possível alcançar maioria absoluta, decidirá o juiz, a requerimento de qualquer condômino, ouvidos os outros (art. 1.325, § 2.º). Assim, possibilita-se uma ação judicial para que o juiz supra a falta de consenso. A norma está desatualizada frente à atual tendência de desjudicialização dos conflitos, de *fuga do Judiciário*. O mesmo pode ser afirmado quanto ao § 3.º do art. 1.325, segundo o qual, havendo dúvida quanto ao valor do quinhão para as deliberações, será este avaliado judicialmente.

5.2.3 Da extinção do condomínio voluntário ou convencional. O direito de preferência tratado pelo art. 504 do Código Civil

Para encerrar o estudo do condomínio voluntário ou tradicional, vejamos as regras relativas à sua extinção, constantes tanto do Código Civil quanto do Código de Processo Civil. O tema é de grande relevo, diante da máxima romana segundo a qual o condomínio seria a *mater discordiarum*, ou seja, a mãe da discórdia. Por isso, os doutrinadores contemporâneos continuam a afirmar que a *transitoriedade é característica típica do condomínio voluntário*, como bem apontado por Gustavo Tepedino, Maria Celina Bodin de Moraes e Heloísa Helena Barboza (*Código*..., 2011, v. III, p. 664). A legislação reconhece tal característica e facilita a sua dissolução.

De início, como regra geral, preceitua o Código Civil que a todo tempo será lícito ao condômino exigir a divisão da coisa comum, respondendo o quinhão de cada um pela sua parte nas despesas da divisão (art. 1.320). Desse modo, o bem em condomínio, em regra, é um bem divisível, nos termos do art. 87 do CC/2002, *in verbis*: "Bens divisíveis são os que se podem fracionar sem alteração na sua substância, diminuição considerável de valor, ou prejuízo do uso a que se destina".

Não se olvide, entretanto, a existência de bens indivisíveis por força de lei, o que igualmente abrange o condomínio. Cite-se, com grande interesse para o Direito Privado, o módulo rural, fixado regionalmente, e que equivale à pequena propriedade rural (com essa conclusão: STJ, REsp 1.284.708/PR, Rel. Min. Massami Uyeda, 3.ª Turma, j. 22.11.2011, *DJe* 09.12.2011 e REsp 230.363/PB, Rel. Min. João Otávio de Noronha, 2.ª Turma, j. 12.04.2005, *DJ* 05.09.2005, p. 333). Conforme o art. 65 do Estatuto da Terra, o imóvel rural não é divisível em áreas de dimensão inferior à constitutiva do módulo de propriedade rural, o que abrange a sucessão *causa mortis* e as partilhas judiciais ou amigáveis. O preceito excepciona os parcelamentos de imóveis rurais fixados pelo órgão fundiário federal (INCRA), quando promovidos pelo Poder Público, em programas oficiais de apoio à atividade agrícola familiar, cujos beneficiários sejam agricultores que não possuam outro imóvel rural ou urbano (§ 5.º).

Voltando à regra de divisão, não sendo viável o caminho amigável, caberá a *divisão judicial*, sendo a ação correspondente imprescritível, ou melhor, não sujeita à prescrição ou à decadência. A não sujeição a prazo decorre do termo "a todo tempo", constante do *caput* do art. 1.320 do CC/2002, conforme bem aponta a doutrina, para quem há um *direito potestativo* à citada extinção (por todos: DINIZ, Maria Helena. *Código...*, 2010, p. 922; TEPEDINO, Gustavo; MORAES, Maria Celina Bodin de; BARBOZA, Heloísa Helena. *Código...*, 2011, p. 665; VENOSA, Sílvio de Salvo. *Código...*, 2010, p. 1.191). Destaque-se que a não sujeição a prazo é acompanhada pela melhor jurisprudência (por todos: TJSP, Apelação 0035326-56.2011.8.26.0577, Acórdão 6446961, São José dos Campos, 4.ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Carlos Henrique Miguel Trevisan, j. 17.01.2013, *DJESP* 04.02.2013).

Podem os condôminos acordar que fique indivisa a coisa comum por prazo não superior a cinco anos, suscetível de prorrogação ulterior (art. 1.320, § 1.º, do CC). Essa *indivisão convencional* também não pode exceder o prazo de cinco anos nas hipóteses de doação e testamento (art. 1.320, § 2.º), sob pena de ineficácia do prazo superior, nas duas hipóteses.

Em havendo requerimento de qualquer interessado e sendo *graves as razões* – o que constitui uma cláusula geral a ser preenchida caso a caso –, pode o juiz determinar a divisão da coisa comum antes do prazo estabelecido pelas partes (art. 1.320, § 3.º). Podem ser citadas, a título de exemplo, as hipóteses em que um dos condôminos está dando uma destinação ilícita ao bem comum, ou destruindo-o. Mencione-se, ainda, uma incompatibilidade social insustentável entre os consortes, que não podem mais conviver, chegando até o ponto de se agredirem fisicamente.

Analisando todos esses comandos, transcreve-se instigante acórdão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, que aplica a máxima que veda o comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*), não afastando a extinção do condomínio sob condição suspensiva:

> "Alienação judicial de coisa comum. Condomínio. Imóvel. Partilha. Transação. Condição suspensiva. Maioridade de filho. Divisão da coisa antes do implemento da condição. Impossibilidade. Comportamento contraditório. Grave razão para divisão. Não comprovação. Segurança jurídica. Coisa julgada. Prevalência. Prequestionamento. Sentença mantida. 1) Formulado acordo homologado judicialmente em que as partes pactuam a partilha de imóvel e estabelecem condição suspensiva para que a alienação se dê somente após o filho mais novo do casal alcançar a maioridade, resta impossibilitada a venda prematura do imóvel simplesmente por não ser mais a cláusula conveniente. 2) Incorre em comportamento manifestamente contraditório a parte que livremente pactua cláusula suspensiva e posteriormente alega que a condição supera o prazo de 05 (cinco) anos previsto no artigo 1.320, § 1.º, do Código Civil. 3) Inexistente a comprovação de alegados problemas pessoais, financeiros e de saúde, afasta-se a grave razão apta a ensejar a divisão do bem comum antes de ocorrida a condição suspensiva, conforme disposto no artigo 1.320, § 3.º, do Código Civil. 4) Apesar de ser lícito ao condômino exigir a divisão de imóvel comum e a extinção do condomínio a qualquer tempo, conforme previsto no artigo 1.320 do Código Civil, conclui-se que, no caso, a regra deve ser afastada a fim de privilegiar a cláusula suspensiva pactuada, a coisa julgada e a segurança jurídica. 5) O prequestionamento que se exige, que possibilita o oferecimento de recursos extraordinário e especial, é ter sido a matéria que permitiria a apresentação dos recursos lembrada, ventilada pelas partes, ou por uma delas, não sendo exigência, para que ela se faça presente, manifestação explícita do órgão julgador sobre o tema. 6) Recurso conhecido e negado provimento. Sentença mantida" (TJDF, Recurso 2012.12.1.004297-6, Acórdão 651.279, 5.ª Turma Cível, Rel. Des. Luciano Vasconcelos, *DJDFTE* 06.02.2013, p. 394).

Na verdade, a decisão fica em xeque, diante da regra segundo a qual o prazo de indivisão convencional não pode ser superior a cinco anos (art. 1.320, § 1.º). Mesmo tendo sido homologado judicialmente o acordo em contrário, é plausível defender que a previsão legal não pode ser contrariada, tratando-se de preceito de ordem pública. A única hipótese que se admite, pelo próprio permissivo legal, é a prorrogação posterior do prazo.

No tocante à divisão judicial, o Código de Processo Civil elenca a ação de divisão entre os

procedimentos especiais. Nos termos do art. 946, inc. II, do CPC, cabe a ação de divisão ao condômino para obrigar os demais consortes a partilhar a coisa comum. Nessa demanda serão citados todos os condôminos, se ainda não transitou em julgado a sentença homologatória da divisão (art. 949 do CPC). O próprio Estatuto Processual estabelece, com riqueza de detalhes, todos os procedimentos relativos a essa ação (arts. 967 a 981).

Voltando ao Código Civil, aplicam-se à divisão do condomínio, no que couber, as regras de partilha de herança (art. 1.321 do CC/2002). Cabe analisar quais dos preceitos relativos à partilha da herança têm ou não subsunção à divisão de bem em condomínio.

Como bem salientam Gustavo Tepedino, Maria Celina Bodin de Moraes e Heloísa Helena Barboza, o art. 2.013 parece estar excluído dessa incidência, ao estabelecer que "O herdeiro pode sempre requerer a partilha, ainda que o testador o proíba, cabendo igual faculdade aos seus cessionários e credores, pelo menos em parte". Segundo os doutrinadores, "o prazo estipulado para a indivisão suspende o exercício do direito potestativo de dividir o bem condominial (*v.* comentários ao art. 1.320), não já o direito de requerer a partilha" (*Código*..., 2011, v. III, p. 666).

Ainda segundo os juristas, os arts. 2.014 a 2017 têm plena incidência para a divisão da coisa comum, o que conta com o apoio deste autor. Diante dessas aplicações: *a)* pode o testador ou o instituidor do condomínio indicar os bens e valores que devem compor os quinhões de cada um dos consortes, deliberando ele próprio a partilha, que prevalecerá, salvo se o valor dos bens não corresponder às quotas estabelecidas; *b)* se os condôminos forem capazes, poderão fazer partilha amigável, por escritura pública, por termo nos autos da ação de divisão, ou por escrito particular, homologado pelo juiz; *c)* será sempre judicial a partilha se os condôminos divergirem, assim como se algum deles for incapaz; *d)* no partilhar os bens, observar-se-á, quanto ao seu valor, natureza e qualidade, a maior igualdade possível (TEPEDINO, Gustavo; MORAES, Maria Celina Bodin; BARBOZA, Heloísa Helena. *Código*..., 2011, v. III, p. 666).

Quanto aos comandos sucessivos, parecem ser incompatíveis com a divisão em vida relativa ao condomínio, até porque mencionam herdeiros específicos. O art. 2.018 do CC/2002 estabelece que é válida a partilha feita por ascendente, por ato entre vivos ou de última vontade, contanto que não prejudique a legítima dos herdeiros necessários. Quanto ao art. 2.019, preceitua que os bens insuscetíveis de divisão cômoda, que não couberem na meação do cônjuge sobrevivente ou no quinhão de um só herdeiro, serão vendidos judicialmente, partilhando-se o valor apurado, a não ser que haja acordo para serem adjudicados a todos.

No que tange ao art. 2.020, este prevê que os herdeiros em posse dos bens da herança, o cônjuge sobrevivente e o inventariante são obrigados a trazer ao acervo os frutos que perceberam, desde a abertura da sucessão. Porém, têm direito ao reembolso das despesas necessárias e úteis que fizeram, e respondem pelo dano a que, por dolo ou culpa, deram causa. Tal norma não incide quanto ao condomínio, pela existência de regras próprias, outrora analisadas.

De acordo com o art. 2.021 do CC/2002, quando parte da herança consistir em bens remotos do lugar do inventário, litigiosos, ou de liquidação morosa ou difícil, poderá proceder-se, no prazo legal, à partilha dos outros, reservando-se aqueles para uma ou mais sobrepartilhas, sob a guarda e a administração do mesmo ou diverso inventariante, e consentimento da maioria dos herdeiros. Tal norma é igualmente incompatível com a divisão pretendida no condomínio, obviamente por não existirem outros bens a partilhar na ação de divisão. Por fim, o art. 2.022 do CC trata de

sobrepartilha de bens sonegados, o que mais uma vez não tem subsunção para o caso do condomínio, uma vez que o instituto da sonegação é próprio do Direito das Sucessões.

Feitos tais esclarecimentos, se a coisa for indivisível, e os consortes não quiserem adjudicá-la a um só, indenizando os outros, será ela vendida e repartido o apurado (art. 1.322 do CC). Desse modo, consagra tal preceito a possibilidade de *alienação judicial* da coisa comum e indivisível, caso não haja acordo para a sua venda, com o consenso de todos os condôminos. O termo *indenizar* está mal colocado, uma vez que não se trata de reparação civil, mas de pagamento relativo à compra total do bem. Alguns julgados equiparam aos bens indivisíveis os bens divisíveis de difícil fracionamento, o que é correto juridicamente. A título de ilustração: "Alienação de coisa comum. Imóvel cuja divisão se mostra excessivamente onerosa e inviável, razão pela qual deve ser equiparado ao indivisível. Declaração de extinção de condomínio e venda do bem em hasta pública, observando-se o artigo 1.115 do Código de Processo Civil. Sentença mantida. Recurso não provido" (TJSP, Apelação 0121234-08.2007.8.26.0000, Acórdão 6470221, São Carlos, 10.ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Roberto Maia, j. 29.01.2013, *DJESP* 15.02.2013).

O Código de Processo Civil trata dessa alienação entre os seus arts. 1.113 a 1.119, como procedimento de rito especial, sob a denominação "Das Alienações Judiciais". Preceitua o Estatuto Processual, na primeira norma, que nos casos expressos em lei e sempre que os bens depositados judicialmente forem de fácil deterioração, estiverem avariados ou exigirem grandes despesas para a sua guarda, o juiz, de ofício ou a requerimento do depositário ou de qualquer das partes, mandará aliená-los em leilão. Uma das situações previstas em lei é justamente a alienação do bem em condomínio. Conforme consta da própria Norma Instrumental, no seu art. 1.117, inc. II, será alienada em leilão a coisa comum indivisível ou que, pela divisão, se tornar imprópria ao seu destino, verificada previamente a existência de desacordo quanto à adjudicação a um dos condôminos.

Anote-se que essa alienação judicial inclui os bens semoventes, bens móveis que se movimentam por força própria, caso dos animais, que podem estar em condomínio (art. 1.113, § 1.º, do CPC). Diante do contraditório e da ampla defesa, quando uma das partes requerer a alienação judicial, o juiz ouvirá sempre a outra antes de decidir (art. 1.113, § 2.º). A alienação judicial será efetivada independentemente de leilão, se todos os interessados forem capazes e nisso convierem expressamente (art. 1.113, § 3.º, do CPC).

Os bens a serem alienados serão avaliados por um perito nomeado pelo juiz em alguns casos, a saber: *a)* se não houver avaliação anterior, o que é bem comum na prática; e *b)* se tiverem sofrido alteração em seu valor, situação igualmente normal no mercado imobiliário (art. 1.114 do CPC). Em leilão judicial, a alienação será feita pelo maior lance oferecido, ainda que seja inferior ao valor da avaliação (art. 1.115 do CPC). Apesar da literalidade do último preceito, não se pode admitir que o bem seja leiloado por preço vil ou muito inferior ao seu valor real de mercado, sob pena de caracterização do enriquecimento sem causa.

Efetuada a alienação e deduzidas as despesas, o preço da coisa será depositado em juízo, ficando nele sub-rogados os ônus ou responsabilidades a que estiverem sujeitos os bens (art. 1.116 do CPC). A título de exemplo desses ônus, podem ser citadas as obrigações *propter rem*, caso dos tributos relativos ao imóvel.

Com grande relevância prática, o art. 1.118 do Código de Processo Civil estabelece uma ordem de preferência para a aquisição do bem judicialmente, pela via do leilão. O dispositivo é completado

pelo art. 1.322 do Código Civil, *caput* e parágrafo único. A ordem a ser observada é a seguinte, pela interação desses comandos:

1.º) Em condições iguais, o condômino terá preferência em relação a estranho, ou seja, a terceiro que não seja coproprietário.

2.º) Entre os condôminos, terá preferência o condômino que tiver benfeitorias de maior valor.

3.º) Se não houver benfeitorias no bem, terá preferência o condômino proprietário de quinhão maior.

4.º) Se nenhum dos condôminos tem benfeitorias na coisa comum e participam todos do condomínio em partes iguais, será realizada uma *primeira licitação* entre os estranhos. Antes de adjudicada a coisa àquele que ofereceu maior lanço, procede-se uma *segunda licitação* entre os condôminos, a fim de que a coisa seja adjudicada a quem afinal oferecer melhor lanço, preferindo, em condições iguais, o condômino ao estranho. Esclareça-se que, se o lanço oferecido pelo estranho for maior ao do condômino, o primeiro terá preferência. Em caso de igualdade ou de lanço maior do último, o bem será atribuído ao condômino, obviamente.

Em todos os casos, se a coisa for alienada sem observância das preferências legais, o condômino prejudicado poderá requerer, antes da assinatura da carta, o depósito do preço e adjudicação da coisa para si (art. 1.119 do CPC). De acordo com o seu parágrafo único, nessa ação serão citados o adquirente e os demais condôminos para dizerem de seu direito, observando-se, quanto ao procedimento, o mesmo rito previsto para as medidas cautelares, nos termos do art. 803 do próprio Estatuto Processual.

Após o estudo dessa alienação judicial, cabe abordar, finalmente, o *direito de preempção, preferência ou prelação legal* a favor do condômino no caso de venda da quota da coisa comum, tratado pelo art. 504 da codificação privada. De acordo com a norma material, o condômino, enquanto pender o estado de indivisão da coisa, não poderá vender a sua parte a estranho, se o outro condômino a quiser, *tanto por tanto*, ou seja, em igualdade de condições. O condômino, a quem não se der conhecimento da venda, poderá, depositando o preço, haver para si a parte vendida a estranhos, se o requerer no prazo de cento e oitenta dias, sob pena de decadência. Trata-se, portanto, de um *direito potestativo* a favor do condômino, contrapondo-se a um estado de sujeição contra os demais consortes.

Resta claro que, pela dicção do texto legal, a restrição somente incide para os casos de condomínio de bem indivisível, seja imóvel ou móvel. Ademais, o condomínio deve ser *pro indiviso*, em que não é possível determinar, no plano concreto, qual a parcela de propriedade de cada condômino. Imagine-se a hipótese em que um irmão quer vender a sua parte no apartamento que divide com outro irmão. Ou, ainda, a situação de uma moto que está em condomínio entre dois amigos. Em havendo condomínio *pro diviso*, como no caso da unidade de condomínio edilício, o direito de preferência não se aplica.

Todavia, a questão elucidada não é pacífica, ou seja, há quem entenda pela possibilidade de a limitação incidir igualmente para os casos de bens divisíveis. Tanto isso é verdade que, na *IV Jornada de Direito Civil*, José Osório de Azevedo Jr., um dos grandes especialistas no tema da compra e venda no Brasil, fez proposta de enunciado doutrinário no seguinte sentido: "O preceito do art. 504 do Código Civil aplica-se tanto às hipóteses de coisa indivisível como às de coisa divisível". Foram as suas justificativas:

"O texto é praticamente o mesmo do art. 1.139 do código anterior. As alterações apenas se referem à indicação de que o prazo é de decadência (em relação a que não havia dúvida) e que o período é de 180 dias, e não de seis meses, dificultando a contagem. Durante os 86 anos de vigência do velho Código, o direito brasileiro não chegou a uma conclusão segura sobre a interpretação a ser dada ao texto: se literal e restrita, ou se sistemática e ampla. Por outras palavras, se a preferência do condômino só ocorre quando se trata de coisa

indivisível ou se acontece em qualquer hipótese de condomínio, seja a coisa indivisível ou não. Beviláqua criticou o texto, que foi trasladado do velho CC Português pelo Senado. O direito português aboliu, em 1930, a restrição e fez com que o direito de preferência também incida nos casos de venda de coisa divisível. O CC/1966, art. 1.409, manteve essa orientação. O Projeto Orlando Gomes, art. 466, também estabelece expressamente o direito de preferência na venda da coisa comum, divisível ou indivisível. O STJ julga nos dois sentidos: a) Direito de preferência – Condomínio – Condômino – Restringe-se esse direito à hipótese de coisa indivisível e não simplesmente indivisa. (STJ – REsp. n. 60.656 – SP – Rel. Min. Eduardo Ribeiro – j. 06.08.96 – *DJU* 29.10.96). b) Condomínio – Coisa divisível – Alienação de fração ideal – Direito de preferência – Artigo 1.139 do CC. O condômino não pode alienar o seu quinhão a terceiro, sem prévia comunicação aos demais consortes, a fim de possibilitar a estes o exercício do direito de preferência, tanto por tanto, seja a coisa divisível ou não (STJ – REsp. n. 71.731-SP – 4.ª T. – Rel. Min. Cesar A. Rocha – *DJU* 13.10.98). O CC/2002 perdeu a oportunidade de dirimir a controvérsia. Urge dar ao texto interpretação sistemática, harmonizando-o com o preceito do art. 1.314, § único, a saber: Art. 1.314 – Cada condômino pode usar da coisa conforme sua destinação, sobre ela exercer todos os direitos compatíveis com a indivisão, reivindicá-la de terceiro, defender a sua posse e alhear a respectiva parte ideal, ou gravá-la. Parágrafo único. Nenhum dos condôminos pode alterar a destinação da coisa comum, nem dar posse, uso ou gozo dela a estranhos, sem o consenso dos outros. Não é coerente exigir o consenso dos condôminos para transmitir posse a estranhos e afastar essa exigência em caso de transmissão de propriedade, e, consequentemente, da própria posse. Em abono dessa tese, também se observam os art. 1.794 e 1.795, a propósito de venda de quota hereditária. Aqui o CC inovou e deixou expresso o direito de preferência dos herdeiros, sem qualquer distinção quanto à indivisibilidade dos bens que compõem o acervo. Quanto a esse ponto, também diverge a jurisprudência: Pela preferência: STJ, REsp 33.176, r. Min. Cláudio Santos, j. 03.10.95, indicando precedentes – REsp 4.180 e 9.934; Em sentido contrário: REsp 60.656-0-SP – 3.ª T., j. 06.08.1996, *DJU* 29.10.1996, *RT* 737/192. Diante do exposto, propõe-se o enunciado *supra*, prestigiando a interpretação sistemática em detrimento da literal, que é a mais tosca de todas".

Como se retira das justificativas da proposta de enunciado, a questão é polêmica na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Todavia, ainda é majoritário o entendimento de que a restrição somente se aplica aos casos de condomínio de coisa indivisível e *pro indiviso*. A norma do art. 504 do CC/2002 é restritiva da autonomia privada, da liberdade individual, e, sendo assim, não admite interpretação extensiva ou analogia. Tais argumentos foram utilizados para afastar a aprovação da proposta, o que contou com o apoio do autor desta obra, quando da *IV Jornada de Direito Civil*, no ano de 2006. Entretanto, fica a mensagem final transmitida pelo Professor José Osório de Azevedo Jr., que sempre nos inspira: "a interpretação literal é a mais tosca de todas!".

O condômino preterido em seu direito de preferência poderá ingressar em juízo e haver o bem para si. Conforme reconhece parte da doutrina, trata-se de uma *ação anulatória* de compra e venda, que segue rito ordinário (DINIZ, Maria Helena. *Código*..., 2010, p. 416). Entretanto, há quem entenda que a *ação é de adjudicação*, pois o principal efeito da ação é constituir positivamente a venda para aquele que foi preterido (AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Comentários*..., 2005, v. VII, p. 246).

Esse último entendimento parece ser o mais correto tecnicamente, mas o primeiro também é muito adotado, inclusive pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ, REsp 174.080/BA, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, 4.ª Turma, j. 26.10.1999, *DJ* 13.12.1999, p. 153). Em reforço, tendo em vista o princípio da boa-fé objetiva, o depósito deve ser integral para que a parte preterida em seu direito de preferência exercite esse seu direito.

Quanto ao início da contagem do prazo de 180 dias, entende Maria Helena Diniz, citando jurisprudência, que esse se dará com a ciência da alienação – *RT* 432/229 e 543/144 (DINIZ, Maria Helena. *Código*..., 2010, p. 416). Essa conclusão parece ser a mais correta, em sintonia com a informação e a boa-fé. Eventualmente, tal ciência pode ocorrer mesmo após o registro imobiliário, devendo o julgador decidir de acordo com as *máximas de experiência*.

Sendo muitos os condôminos, deverá ser respeitada a seguinte ordem, conforme o parágrafo único do art. 504 do Código Civil:

1.º) Terá preferência o condômino que tiver benfeitorias de maior valor.

2.º) Na falta de benfeitorias, terá preferência o dono do quinhão maior.

3.º) Não falta de benfeitorias e sendo todos os quinhões iguais, terá preferência aquele que depositar judicialmente o preço.

Os dois primeiros tópicos da ordem descrita estão em sintonia com o art. 1.322 do CC/2002 e o art. 1.118 do CPC, antes estudados. Os seus fundamentos estão na vedação do enriquecimento sem causa. Todavia, ressalte-se que todas as normas mencionadas podem gerar situações de injustiça. Imagine-se o caso de um condômino que tenha um quinhão de 1% e que tenha realizado benfeitorias no imóvel. Outro condômino tem um quinhão de 80% e não introduziu benfeitoria alguma. Pelos preceitos citados, o primeiro terá a preferência, o que não parece correto. Assim, as ordens previstas podem ser quebradas em alguns casos, levando-se em conta a boa-fé e a função social da propriedade. No caso criado como exemplo, o condômino de quinhão ínfimo pode ter introduzido benfeitorias visando justamente a ter reconhecida a preferência, não podendo essa sua conduta ser privilegiada em todos os casos de preempção.

Por derradeiro, é importante deixar claro que a preferência do condômino não se confunde com outras preferências previstas no ordenamento jurídico. No presente contexto, podem ser citadas a *preempção convencional* (arts. 513 a 520 do CC) e o direito de preferência do locatário (art. 33 da Lei 8.245/1991), institutos abordados no Volume 3 da presente coleção.

5.3 DO CONDOMÍNIO LEGAL OU NECESSÁRIO

Além da origem na autonomia privada dos condôminos, a compropriedade pode ser decorrente da imposição da norma jurídica, surgindo, nesse contexto, o condomínio legal ou necessário, denominado também como *condomínio forçado*. As suas situações típicas envolvem o direito de vizinhança outrora estudado, a saber, as meações de paredes, cercas, muros e valas (art. 1.327 do CC/2002). Como exemplo concreto, imagine-se que duas fazendas são limítrofes, havendo entre elas um mata-burro, vala colocada para impedir a passagem de animais. Em relação ao mata-burro há um condomínio necessário entre os proprietários das fazendas.

A própria codificação estabelece, no preceito citado, a aplicação dos arts. 1.297, 1.298, 1.304, 1.305, 1.306 e 1.307 para os casos de condomínio necessário. Sem prejuízo do abordado no capítulo anterior, repise-se que os 1.297 e 1.298 tratam do *direito de tapagem* relativo a propriedades lindeiras ou confinantes, com o rateio das despesas entre os coproprietários. Aproveitando o exemplo citado, esclareça-se que, nos termos do art. 1.297, § 3.º, a construção de tapumes especiais para impedir a passagem de animais de pequeno porte pode ser exigida de quem provocou a necessidade deles, pelo proprietário, que não está obrigado a concorrer para as despesas. Assim, se no caso descrito apenas um dos fazendeiros de propriedade lindeira tiver criação de gado – dedicando-se o outro à plantação de milho, sem uso de animais –, terá o primeiro que arcar inteiramente com a construção e manutenção do mata-burro.

No tocante aos arts. 1.304 a 1.307, os preceitos têm relação com o direito de construir, o que interessa diretamente ao condomínio necessário. O art. 1.304 do CC/2002 consagra o *direito de madeiramento* na parede divisória. O comando seguinte é relativo ao *travejamento*. O art. 1.306, com grande aplicação, estabelece restrições ao uso da parede-meia, outra situação típica de condomínio necessário, prevendo a sua utilização até o meio da espessura. Por fim, o art. 1.307 trata

do *direito de alteamento*. Todos os institutos estão tratados no capítulo anterior desta obra.

O proprietário que tem o *direito de estremar*, dividir com marcos, um imóvel com paredes, cercas, muros, valas ou valados, possui do mesmo modo o direito de adquirir a meação na parede, muro, valado ou cerca do vizinho, instituindo-se o condomínio necessário. Esse mesmo proprietário terá direito a metade do que atualmente valer a obra e o terreno por ela ocupado (art. 1.328 do CC). Assim, o proprietário do outro imóvel terá que pagar ao realizador do marco o valor correspondente a metade do que valer a obra, sob pena de caracterização do enriquecimento sem causa. Como bem esclarecem Gustavo Tepedino, Maria Celina Bodin de Moraes e Heloísa Helena Barboza, o valor pago não será o que foi gasto à época da construção da obra, mas o do momento da aquisição da meação, ou seja, "da metade ideal sobre a qual incide o direito" (*Código*..., 2011, v. III, p. 671).

Pontua Maria Helena Diniz uma série de procedimentos que devem ser observados em casos tais. *A priori*, aquele que pretende realizar a obra divisória deverá comunicar o fato ao vizinho para obter a sua concordância, inclusive quanto à partilha das despesas, o que está em sintonia como dever de informar relativo à boa-fé objetiva. Não havendo concordância, deverá ingressar em juízo para intimar a pagar a sua parte relativa à obra, instituindo-se o *condomínio necessário compulsório*. Se o condômino não tomar tais providências, haverá presunção de que realizou a obra às suas custas, "mas o confinante terá o direito de adquirir meação nela, desde que embolse o seu autor da metade do valor atual, bem como do terreno por ela ocupado" (*Código*..., 2010, p. 927).

Obviamente, se a necessidade de obras decorrer de conduta irregular culposa de um dos vizinhos, não se aplica a solução do art. 1.328 do CC. Nesse sentido, julgado do Tribunal Paulista, com a correta solução: "Direito de vizinhança. Construção de muro de arrimo. Ônus das obras devem ser suportados pelo vizinho que realizou o aterramento, sem observância das técnicas necessárias para evitar danos ao imóvel vizinho. Inaplicabilidade da regra do artigo 1.328 do CC/2002. Culpa do requerido evidenciada, devendo arcar integralmente com as despesas para construção do muro de arrimo. Sentença mantida. Recurso não provido" (TJSP, Apelação 9197798-98.2009.8.26.0000, Acórdão 5585489, Adamantina, 35.ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Manoel Justino Bezerra Filho, j. 05.12.2011, *DJESP* 13.12.2011).

Não havendo acordo entre os dois proprietários quanto ao preço da obra, será este arbitrado por peritos, a expensas de ambos os confinantes (art. 1.329 do CC). Essa fixação pode ser judicial ou extrajudicial. No primeiro caso, é cabível uma *ação de fixação do preço da obra divisória*, que pode ser proposta por qualquer um dos proprietários. Eventualmente, o valor pode ser fixado em outra ação proposta, como naquela mencionada nos comentários de Maria Helena Diniz. Há quem entenda que a ação judicial somente será cabível depois de esgotada a via da perícia extrajudicial, como Luiz Edson Fachin, que opina pela falta de interesse de agir caso não seja observado tal requisito (FACHIN, Luiz Edson. *Comentários*..., 2003, v. 15, p. 221). Com o devido respeito, ao presente autor parece que não há obrigatoriedade em se observar tal formalidade, sendo mera opção do condomínio optar pela via judicial ou extrajudicial.

Em casos de fixação do pagamento dessa meação, qualquer que seja o seu valor, enquanto aquele que pretender a divisão não o pagar ou o depositar, nenhum uso poderá fazer da parede, muro, vala, cerca ou qualquer outra obra divisória (art. 1.330 do CC). Em outras palavras, a aquisição da propriedade da parede, muro, cerca ou vala somente ocorrerá com o pagamento da meação relativa à obra. A vedação do uso da obra divisória mantém relação direta com a vedação do enriquecimento

sem causa e com o caráter ético que inspira a atual codificação. Eventualmente, cabem medidas judiciais para afastar o uso pretendido, caso de uma ação de obrigação de não fazer, com fixação de multa diária (*astreintes*). Marco Aurélio S. Viana comenta, ainda, sobre a possibilidade de ação possessória ou petitória no caso de o vizinho usar a coisa sem prévio pedido de meação (*Comentários*..., 2003, p. 369).

A encerrar o estudo do tema, cumpre destacar que o Código Civil de 1916 tratava, logo após o condomínio em parede, muros, cercas e valas, do *compáscuo* (art. 646), definido como "a utilização em comum de pradarias, campos ou terrenos de qualquer espécie para pastagem em comum de gado pertencente a proprietários diversos" (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições*..., 2012, v. IV, p. 158).

Afastando-se do modelo agrário e ruralista anterior, o Código Civil de 2002 não tratou do instituto, que será regulado por legislação pública municipal no caso de pastos localizados em terras públicas ou terrenos baldios, o que já constava da codificação anterior. Quanto aos terrenos particulares, na falta de legislação própria, aplicam-se as regras ora estudadas relativas ao condomínio voluntário (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições*..., 2012, v. IV, p. 158).

5.4 DO CONDOMÍNIO EDILÍCIO

5.4.1 Conceito e estrutura interna. Regras gerais básicas. A questão da natureza jurídica do condomínio edilício

O Código Civil Brasileiro de 2002 passou a disciplinar o condomínio edilício, o que é tido como uma feliz inovação, eis que esse fenômeno real muito interessa à contemporaneidade, merecendo um tratamento específico na codificação privada. Como é notório, a matéria era disciplinada pela Lei 4.591/1964 – conhecida como *Lei Caio Mário da Silva Pereira*, por ter sido o jurista o seu idealizador intelectual –, que teve alguns de seus dispositivos incorporados pela norma geral privada.

A origem do instituto é atribuída ao Direito Romano – apesar da falta de unanimidade das fontes –, estando relacionada a *insula*, casa construída por andares, em que viviam coletivamente os plebeus (LOPES, João Batista. *Condomínio*..., 2008, p. 25; PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições*..., 2012, v. IV, p. 158; MALUF, Carlos Alberto Dabus; MARQUES, Márcio Antero Motta Ramos. *Condomínio*..., 2009, p. 1). De qualquer modo, foram a explosão demográfica, a necessidade de novas moradias e a crise habitacional – especialmente após a I Guerra Mundial – que geraram a necessidade de sua instituição jurídica e sua inclusão nas legislações privadas.

Sempre gerou divergência a utilização do termo designativo para a modalidade que ora se aborda. Como sinaliza Nelson Kojranski, Carlos Maximiliano preferia a expressão *condomínio relativo ou moderníssimo*; enquanto Hely Lopes Meirelles utilizava os termos *condomínio por planos horizontais* e *condomínio horizontal*. Aponta o advogado especializado no ramo imobiliário que, com a promulgação da Lei 4.591/1964, a controvérsia de nomenclatura foi mantida e até intensificada. Caio Mário da Silva Pereira preconizava o termo *propriedade horizontal*, eis que as propriedades estão uma sobre as outras, postadas horizontalmente. Já Nascimento Franco chamava a categoria de *condomínio em edifícios* (KOJRANSKI, Nelson. *Condomínio*..., 2011, p. 2).

Conforme relatam Jones Figueirêdo Alves e Mário Luiz Delgado, doutrinadores que participaram no processo de elaboração da atual lei geral civil, o termo *condomínio edilício* foi introduzido na legislação por Miguel Reale, por se tratar de uma expressão nova de incontestável origem latina, muito utilizada, por exemplo, pelos italianos (ALVES, Jones Figueirêdo; DELGADO, Mário Luiz. *Código*..., 2005, p. 660). Há quem critique o uso da expressão, caso de José Fernando Simão, uma vez que a palavra *edilício*, na nossa tradição civilística, tem relação com as *ações edilícias*, comuns nos casos de vícios redibitórios (arts. 441 a 445).

Exposta toda essa controvérsia dos estudiosos, a verdade é que as expressões apontadas podem ser utilizadas para demonstrar essa importante categoria, com grande aplicação no mundo atual.

O Código Civil de 2002 consolidou o tratamento que constava da primeira parte da Lei 4.591/1964 (arts. 1.º a 27). Sendo assim, filia-se à corrente doutrinária majoritária que sustenta a revogação tácita de tais comandos, nos termos do art. 2.º, § 1.º, da Lei de Introdução, eis que a codificação regulou inteiramente a matéria (nesse sentido: MALUF, Carlos Alberto Dabus; MARQUES, Márcio Antero Motta Ramos. *Condomínio*..., 2009, p. 12; FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Direitos*..., 2006, p. 509; VENOSA, Sílvio de Salvo. *Código*..., 2010, p. 1.198; MELO, Marco Aurélio Bezerra de. *Direito*..., 2007, p. 231). Por tal caminho, daquela Lei específica subsiste apenas o tratamento referente às incorporações imobiliárias, a partir do seu art. 28.

De qualquer modo, a questão não é pacífica, pois juristas como Maria Helena Diniz entendem pela coexistência da lei específica com o Código Civil, analisando as regras de ambas as legislações (DINIZ, Maria Helena. *Código*..., 2010, p. 928-929).

Cumpre destacar que se segue o entendimento doutrinário que prega a aplicação das regras do condomínio edilício para categorias similares. Nesse sentido, o Enunciado n. 89 CJF/STJ, da *I Jornada de Direito Civil, in verbis*: "O disposto nos arts. 1.331 a 1.358 do novo Código Civil aplica-se, no que couber, aos condomínios assemelhados, tais como loteamentos fechados, multipropriedade imobiliária e clubes de campo".

A multipropriedade imobiliária, geralmente, envolve vários prédios que são compartilhados no tempo, inclusive com intuito de lazer. O tema foi abordado por Gustavo Tepedino, em tese de doutorado defendida na Itália, lecionando o jurista que se trata da "relação jurídica de aproveitamento econômico de uma coisa móvel ou imóvel, repartida em unidades fixas de tempo, de modo que diversos titulares possam, cada qual a seu turno, utilizar-se da coisa com exclusividade e de maneira perpétua" (TEPEDINO, Gustavo. *Multipropriedade*..., 1993, p. 1). Ainda de acordo com o autor, esses empreendimentos usualmente envolvem estruturas hoteleiras e de lazer e a duplicidade de regime jurídico típica do condomínio edilício (TEPEDINO, Gustavo. *Multipropriedade*..., 1993, p. 108).

De toda sorte, anote-se a existência de decisão do Supremo Tribunal Federal que concluiu pela não incidência das regras relativas ao condomínio edilício no tocante à cobrança de taxas de administração para os condomínios fechados de casas (*condomínios de fato*), tratados como associações de moradores. A ementa do julgado foi assim publicada: "Associação de moradores. Mensalidade. Ausência de adesão. Por não se confundir a associação de moradores com o condomínio disciplinado pela Lei 4.591/1964, descabe, a pretexto de evitar vantagem sem causa, impor mensalidade a morador ou a proprietário de imóvel que a ela não tenha aderido.

Considerações sobre o princípio da legalidade e da autonomia da manifestação de vontade – artigo 5.º, incisos II e XX, da Constituição Federal" (STF, RE 432.106, Rel. Min. Marco Aurélio, 1.ª Turma, j. 20.09.2011). Com o devido respeito, não se filia a tal entendimento jurisprudencial, inclusive quanto ao pagamento das quotas da citada associação.

Deve ficar claro que, no âmbito estadual, a questão divide as Cortes. Não é diferente a situação de conflito na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. De início, são encontrados acórdãos que aplicam ao condomínio de fato as mesmas regras relativas ao condomínio edilício, entendimento ao qual se filia, na linha do entendimento doutrinário esposado no enunciado da *Jornada de Direito Civil* antes citado (STJ, REsp 261.669/SP, Rel. Min. Barros Monteiro, 4.ª Turma, j. 10.08.2004, *DJ* 16.11.2004, p. 281).

Por outra via, pelo menos parcialmente em sentido contrário, arestos mais recentes do STJ concluem que o membro do condomínio de fato somente responde pelas despesas de sua administração se tiver usufruído dos serviços prestados, o que se fundamenta na máxima que veda o enriquecimento sem causa (STJ, AgRg no Ag 1.401.918/RJ, Rel. Min. Massami Uyeda, 3.ª Turma, j. 21.06.2011, *DJe* 01.08.2011 e STJ, AgRg no REsp 976.740/RJ, Rel. Min. Vasco Della Giustina (Desembargador Convocado do TJ/RS), 3.ª Turma, j. 03.09.2009, *DJe* 29.10.2009). Constata-se que o julgado do Supremo Tribunal Federal, acima ementado, traz solução contrária a essa última, concluindo que somente pode ser imposto pagamento do rateio das despesas no caso de adesão espontânea por parte do associado, o que não está em sintonia com a máxima que veda o locupletamento sem razão, com o devido respeito.

Superada tal controvérsia, no que diz respeito à estrutura interna do condomínio edilício, o que é fundamental para a sua compreensão, preconiza o art. 1.331 do CC/2002 que pode haver, em edificações, duas modalidades de propriedades, denominadas como *partes*.

Como *primeira categoria*, existem *partes* que são *propriedade exclusiva* dos condôminos, presente a modalidade *pro diviso*, ora abordada (*áreas autônomas* ou *exclusivas*). A própria lei estabelece que esse é o caso dos apartamentos, dos escritórios, das salas, das lojas, das sobrelojas ou abrigos para veículos, com as respectivas frações ideais no solo e nas outras partes comuns. Como componentes da propriedade exclusiva – havendo uma *fração real* –, tais partes podem ser alienadas e gravadas livremente por seus proprietários, não havendo *direito de preferência ou preempção* a favor dos outros condôminos, nos termos do antes abordado art. 504 do CC. Assim, tais áreas podem ser, com liberdade no exercício da autonomia privada, vendidas, doadas, hipotecadas, entre outras instituições cabíveis sobre o bem.

A norma em questão – § 1.º do art. 1.331 – foi recentemente alterada pela Lei 12.607, de 4 de abril de 2012. Passou, assim, a determinar que os abrigos de veículo não poderão ser alienados ou alugados a pessoas estranhas ao condomínio, salvo autorização expressa na convenção de condomínio. A alteração tem justificativa na proteção da segurança do condomínio, bem como na sua funcionalidade. Insta verificar que muitas convenções de condomínio já traziam tal proibição. De toda sorte, como se verá a seguir, mesmo quando constar tal autorização na convenção, deve ser feita a ressalva do direito de preferência para locação da vaga de garagem.

Em continuidade, como *segunda modalidade* dominial relativa à estrutura interna do condomínio em edificações, existem *partes* que são *propriedade comum* dos condôminos (*áreas comuns*), caso do solo, da estrutura do prédio, do telhado, da rede geral de distribuição de água, do esgoto, do gás e

da eletricidade, da calefação e da refrigeração centrais, e das demais partes comuns, inclusive do acesso ao logradouro público (art. 1.331, § 2.º). Tais partes não podem ser alienadas separadamente, ou divididas, pois constituem, *in solidum*, o todo condominial imobiliário.

Em relação a tais áreas, a cada unidade imobiliária caberá, como parte inseparável, uma *fração ideal no solo* e nas outras partes comuns, que será identificada em forma decimal ou ordinária no instrumento de instituição do condomínio (art. 1.331, § 3.º, do CC/2002). Não há que se falar em fração real, pois, obviamente, esta não pode ser determinada em relação a tais partes.

O dispositivo em comento foi alterado logo após a entrada em vigor da codificação, pela Lei 10.931/2004. A sua redação anterior estabelecia que a fração ideal no solo e nas outras partes comuns seria proporcional ao valor da unidade imobiliária, o qual se calculava em relação ao conjunto da edificação. Na linha do que foi exposto quando do estudo do condomínio voluntário, explica Marco Aurélio Bezerra de Melo que "o critério atual é mais seguro do que o do valor, pois este somente poderia ser utilizado, a nosso sentir, no momento da instituição do condomínio edilício na hipótese de incorporação imobiliária, ocasião em que a própria incorporadora estabeleceria o valor de cada unidade em relação ao conjunto da edificação" (*Direito...*, 2007, p. 234). Tem plena razão o jurista, sendo salutar a alteração legislativa, que deveria também atingir o condomínio voluntário, como antes exposto.

Anote-se que, pela lei, o terraço de cobertura é parte comum do condomínio, salvo disposição contrária da escritura de constituição do condomínio (art. 1.331, § 5.º, do CC/2002). É usual que muitos condomínios destinem a área da cobertura para a propriedade exclusiva. Mas também são comuns as incorporações imobiliárias em que as coberturas constituem áreas comuns de lazer, como piscina, sauna e churrasqueira. A análise é casuística, portanto, não se esquecendo de que o segundo caso, no silêncio da convenção, é a regra legal.

Sem prejuízo dessas situações bem definidas, segundo a doutrina, no condomínio edilício é possível a utilização exclusiva de área "comum" que, pelas próprias características da edificação, não se preste ao "uso comum" dos demais condôminos (Enunciado n. 247 do CJF/STJ, da *III Jornada de Direito Civil*). Como exemplos, podem ser mencionados as vigas, os canos e os pilares existentes nos apartamentos. Ou ainda, no caso de apenas uma unidade por andar, o hall de entrada, após o elevador, que geralmente é fechado com chave pelo condômino, que além de utilizá-lo livremente, introduz objetos de decoração e armários.

Ainda conforme o Código Civil, nenhuma unidade imobiliária pode ser privada do acesso ao logradouro público (art. 1.331, § 4.º, do CC/2002). A previsão tem relação direta com a função social da propriedade, uma vez que o imóvel sem saída não atinge a sua finalidade, o que justifica o rígido tratamento da passagem forçada, abordado no capítulo anterior desta obra. O condomínio, igualmente, não pode dificultar esse acesso, em hipótese alguma, constituindo ato ilícito a comum prática de se desligar os elevadores ou impossibilitar o seu acesso para as unidades inadimplentes.

Como outrora foi anotado, há no condomínio, substancialmente, uma relação entre coisas, e não entre pessoas. Sendo assim, conforme pacífica conclusão da jurisprudência, não há que se falar em relação jurídica de consumo entre os condôminos (STJ, REsp 239.578/SP, 5.ª Turma, Rel. Min. Felix Fischer, j. 08.02.2000, *DJU* 28.02.2000, p. 122; TJPR, Apelação Cível 0537835-0, Curitiba, 9.ª Câmara Cível, Rel.ª Des.ª Rosana Amaral Girardi Fachin, *DJPR* 08.05.2009, p. 309; TJMG, Apelação Cível 1.0701.03.047894-8/001, Uberaba, 17.ª Câmara Cível, Rel. Des. Lucas Pereira, j.

06.09.2006, *DJMG* 05.10.2006). Relembre-se que, como os condôminos são componentes da relação entre as coisas, falta a alteridade própria das relações de consumo.

No que interessa à sua natureza jurídica, cabe discorrer sobre a questão polêmica, que confronta a doutrina clássica e a doutrina contemporânea.

Como é notório, a doutrina clássica do CC/1916 via o condomínio edilício como um *ente despersonalizado* ou *despersonificado*, tido como uma *quase pessoa jurídica* (por todos: MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso*..., 2003, v. 3, p. 2.224). Como argumento, sustentava-se, e ainda se alega, que o condomínio edilício não poderia ser tido como uma pessoa jurídica de Direito Privado, pois o seu rol, constante do art. 16 da codificação anterior, seria taxativo (LOPES, João Batista. *Condomínio*..., 2008, p. 60-61). Frise-se que esse é o entendimento ainda majoritário, seguido pela grande maioria dos julgados estaduais (ver: TJSP, Apelação 0131250-84.2008.8.26.0000, Acórdão 5678811, São Bernardo do Campo, 8.ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Ribeiro da Silva, j. 08.02.2012, *DJESP* 22.02.2012; TJRS, Apelação Cível 195619-72.2011.8.21.7000, Porto Alegre, 9.ª Câmara Cível, Rel. Des. Leonel Pires Ohlweiler, j. 14.09.2011, *DJERS* 19.09.2011; TJSP, Apelação 994.03.111583-5, Acórdão 4332653, São Paulo, 1.ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Paulo Eduardo Razuk, j. 02.02.2010, *DJESP* 22.04.2010; TJMG, Agravo de Instrumento 1.0024.00.016519-1/0011, Belo Horizonte, 16.ª Câmara Cível, Rel. Des. Sebastião Pereira de Souza, j. 06.05.2009, *DJEMG* 10.07.2009).

Apesar de tal posição ainda ser a majoritária, cumpre destacar que há forte entendimento entre os doutrinadores contemporâneos e os da nova geração no sentido de considerar o condomínio edilício como pessoa jurídica. Seguindo essa linha, na *I Jornada de Direito Civil* (2002) foi aprovado o Enunciado n. 90 do CJF/STJ, pelo qual “Deve ser reconhecida personalidade jurídica ao condomínio edilício nas relações jurídicas inerentes às atividades de seu peculiar interesse”. Na *III Jornada* (2004), por iniciativa dos juristas Gustavo Tepedino (UERJ) e Frederico Viegas de Lima (UnB), ampliou-se o sentido da ementa anterior, aprovando-se o Enunciado n. 246: “Fica alterado o Enunciado n. 90, com supressão da parte final: ‘nas relações jurídicas inerentes às atividades de seu peculiar interesse’. Prevalece o texto: ‘Deve ser reconhecida personalidade jurídica ao condomínio edilício’”.

Este autor foi convencido da tese da personalidade jurídica do condomínio edilício por um dos seus principais expoentes, o Professor Frederico Henrique Viegas de Lima, por ocasião do *II Congresso de Direito Civil Torquato Castro*, realizado em Recife entre os dias 26 e 29 de setembro de 2007. Ressalte-se que esse jurista defendeu tese de pós-doutorado na Universidade de Genève (Suíça), tratando especificamente do assunto, estudo publicado no Brasil no segundo semestre do ano de 2010 (LIMA, Frederico Henrique Viegas de. *Condomínio*..., 2010).

Como amparo primaz dessa premissa, basta concluir que o rol das pessoas jurídicas de Direito Privado, constante do art. 44 do CC/2002, é exemplificativo (*numerus apertus*), conforme ensina o próprio Viegas em sua tese. Nesse último sentido é o Enunciado n. 144 do CJF/STJ, da *III Jornada de Direito Civil* (2004), *in verbis*: “A relação das pessoas jurídicas de Direito Privado, constante do art. 44, incs. I a V, do Código Civil, não é exaustiva”.

Essa forma de pensar está de acordo com a sistemática filosófica do CC/2002, que adotou um sistema aberto e dinâmico, inspirado na *Teoria Tridimensional do Direito* de Miguel Reale, seu principal idealizador. A demonstrar a repercussão social da tese e o seu impacto para a comunidade,

Frederico Viegas de Lima discorre que:

"A personificação jurídica da comunidade de coproprietários em condôminos especiais em edificações é decorrente das necessidades econômicas e sociais da atualidade. (...).

O direito brasileiro, buscando preencher o vazio legislativo, diante do reconhecimento de uma lacuna verdadeira, passou a admitir sua personificação jurídica, mediante o trabalho doutrinário. A jurisprudência, até o presente momento, não possui definição firme a respeito dela. (...).

No Brasil, na atualidade, temos uma proliferação dos grandes condomínios – *il supercondominios*, na doutrina italiana. Compõe-se de um grande espaço de terreno onde se instalam não somente as edificações dos condomínios especiais em edificações, mas também uma série de equipamentos que facilitam a vida moderna, tais como vagas de garagem, piscinas, quadras poliesportivas e até mesmo campos de golfe. Isso sem falar em lojas e até mesmo em escolas. O principal fundamento para tanto é que no Brasil existem, até mesmo nas grandes cidades, grandes imóveis que permitem a instalação de grandes condomínios, cobrando importância crescente à admissão da personificação jurídica de comunidade de coproprietários em condomínios especiais em edificações" (LIMA, Frederico Henrique Viegas de. *Condomínio*..., 2010, p. 189-191).

Na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça podem ser encontrados arestos que concluem que o condomínio edilício pode ser considerado como pessoa jurídica para fins tributários, o que torna viável o seu reconhecimento para todas as finalidades, inclusive privatísticas. Merecendo destaque e as devidas reflexões, colaciona-se:

"Tributário. Condomínios edilícios. Personalidade jurídica para fins de adesão à programa de parcelamento. REFIS. Possibilidade. 1. Cinge-se a controvérsia em saber se condomínio edilício é considerado pessoa jurídica para fins de adesão ao REFIS. 2. Consoante o art. 11 da Instrução Normativa RFB 568/2005, os condomínios estão obrigados a inscrever-se no CNPJ. A seu turno, a Instrução Normativa RFB 971, de 13 de novembro de 2009, prevê, em seu art. 3.º, § 4.º, III, que os condomínios são considerados empresas – para fins de cumprimento de obrigações previdenciárias. 3. Se os condomínios são considerados pessoas jurídicas para fins tributários, não há como negar-lhes o direito de aderir ao programa de parcelamento instituído pela Receita Federal. 4. Embora o Código Civil de 2002 não atribua ao condomínio a forma de pessoa jurídica, a jurisprudência do STJ tem-lhe imputado referida personalidade jurídica, para fins tributários. Essa conclusão encontra apoio em ambas as Turmas de Direito Público: REsp 411832/RS, Rel. Min. Francisco Falcão, Primeira Turma, julgado em 18/10/2005, *DJ* 19/12/2005; REsp 1064455/SP, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 19/08/2008, *DJe* 11/09/2008. Recurso especial improvido" (STJ, REsp 1.256.912/AL, Rel. Min. Humberto Martins, 2.ª Turma, j. 07.02.2012, *DJe* 13.02.2012).

A evolução a respeito da matéria igualmente atinge os Tribunais Estaduais. Do Tribunal do Espírito Santo extrai-se ementa que julgou: "Mesmo não tendo o Código Civil lhe atribuído o caráter de pessoa jurídica, pratica o condomínio, em nome próprio, uma séria de atos da vida civil, como a contratação de funcionários e serviços, compra de bens, etc. Sendo assim, é de ser reconhecida sua existência formal ou, mesmo, sua personalidade jurídica para certos fins" (TJES, Apelação Cível 0008052-41.2005.8.08.0024, 4.ª Câmara Cível, Rel. Des. Telemaco Antunes de Abreu Filho, j. 17.09.2012, *DJES* 26.09.2012).

A encerrar tal debate, na linha das palavras de Frederico Viegas, do ponto de vista prático, a personalidade jurídica do condomínio edilício traz algumas vantagens, podendo ser destacadas três como principais.

Como *primeira vantagem*, as reuniões de condomínio são profissionalizadas e facilitadas, delas participando apenas condôminos eleitos, com direito a voto, a exemplo do que ocorre com as associações. Com isso, afasta-se a situação caótica muitas vezes verificada nas assembleias, em que condôminos chegam a cair nas *vias de fato* em suas discussões. O sistema democrático é mantido, uma vez que os *condôminos dirigentes* são eleitos pelos pares.

A *segunda vantagem* é que os *condomínios edilícios pessoas jurídicas* podem prestar serviços

diversificados diretamente aos seus condôminos, como atividades de recreação e esportivas e serviços de transporte. Conforme destacou Frederico Viegas em sua palestra, na realidade atual, condomínios das grandes cidades constituem associações para tais fins, o que passa a ser desnecessário com a tese que se propõe. Com o reconhecimento como pessoa jurídica, os *supercondomínios* têm ampla liberdade para o desenvolvimento de suas atividades, o que traz amplas consequências sociais.

A *terceira e última vantagem* é a ampla possibilidade de os condomínios pessoas jurídicas celebrarem contratos para aquisição de imóveis, por adjudicação. Essa é a grande discussão jurídica que está por trás do debate a respeito da natureza jurídica do condomínio edilício, havendo julgados que afastam essa possibilidade justamente pela falta de personalidade jurídica: "Registro de imóveis. Dúvida julgada procedente. Pretendido registro de carta de arrematação. Condomínio especial como adquirente. Ausência de personalidade jurídica. Inviabilidade da aquisição. Recusa mantida. Recurso não provido" (TJSP, Apelação Cível 100.185-0/2-00, Guarujá, Conselho Superior da Magistratura, 04.09.2003, v.u. Nesse mesmo sentido: Apelação Cível 000.002.6/1-00, Guarulhos, Conselho Superior da Magistratura, Rel. Luiz Tâmbara, 04.09.2003, v.u.; *JTJ* 273/597 e 277/599).

De toda sorte, a questão não é pacífica, sendo encontrados acórdãos que seguem o caminho diverso: "Registro de imóveis. Carta de arrematação. Condomínio exequente como arrematante. Inteligência do artigo 63, § 3.º, da Lei 4.591/1964. Viabilidade da aquisição apesar da ausência de personalidade jurídica. Anuência necessária dos condôminos em assembleia-geral, porém, não demonstrada. Impossibilidade do registro. Recurso provido" (TJSP, Apelação Cível 256-6/0, São Paulo, Conselho Superior da Magistratura, Rel. José Mário Antonio Cardinale, 10.02.2005, v.u.).

Com o afastamento dessa divergência, a propriedade é concretamente funcionalizada, transformando-se o condomínio em forma de investimento. Ilustrando na prática, o condomínio pode adquirir os imóveis dos condôminos inadimplentes, locando-os posteriormente a terceiros. Com isso, os condôminos restantes adquirem o domínio da unidade, além de usufruírem da locação, que reduz o valor da contribuição mensal.

Com *estrutura* e *função*, imagina-se que está totalmente justificada a tese da personalidade jurídica do condomínio edilício, devendo ser alterado o entendimento doutrinário e jurisprudencial até o presente momento consolidado.

5.4.2 Da instituição e da convenção do condomínio. O controle do conteúdo da convenção condominial

Para a constituição e estruturação condominial são essenciais dois atos, fulcrais para os regimes de propriedades antes estudados. Esses dois atos são a *instituição* e a *constituição* do condomínio edilício.

O primeiro deles cria o condomínio, representando um *ato de gestação*. A instituição é um trabalho complexo, que envolve questões jurídicas e de outras matérias, como a engenharia e a arquitetura. Nos termos do art. 1.332 do CC/2002, a instituição do condomínio edilício pode ser feita por ato entre vivos ou por testamento, devidamente registrado no Cartório de Registro de Imóveis. Como notório e corriqueiro ato de instituição *inter vivos*, cite-se o negócio jurídico de incorporação imobiliária, definido por lei como sendo "a atividade exercida com o intuito de promover e realizar

a construção, para alienação total ou parcial, de edificações ou conjunto de edificações compostas de unidades autônomas” (art. 28, parágrafo único, da Lei 4.591/1964).

São requisitos formais para a instituição do condomínio (art. 1.332 do CC/2002), sob pena de sua ineficácia:

I) A discriminação e individualização das unidades de propriedade exclusiva, estremadas uma das outras e das partes comuns, o que constitui um trabalho essencialmente de engenharia.

II) A determinação da fração ideal atribuída a cada unidade, relativamente ao terreno e às partes comuns.

III) O fim a que as unidades se destinam, o que é fundamental para a funcionalização concreta do condomínio edilício. Como bem salientam Gustavo Tepedino, Maria Celina Bodin de Moraes e Heloísa Helena Barboza, “A definição expressa da finalidade do condomínio edilício é essencial para que não haja desvio de uso pelos condôminos, a quem cabe observá-la, sob pena de aplicação das sanções cabíveis, estabelecendo-se relação de vizinhança entre os condôminos. Assim, por exemplo, um médico ou terapeuta não poderá usar o seu imóvel, localizado em prédio com finalidade residencial definida pelos condôminos, para atender os seus pacientes, salvo a concordância, expressa ou tácita, dos demais condôminos (*Código*..., 2011, v. III, p. 684).

No que concerne à *convenção de condomínio*, essa constitui o *estatuto coletivo* que regula os interesses das partes, havendo um típico negócio jurídico decorrente do exercício da autonomia privada. Enuncia o art. 1.333 do CC/2002 que a convenção que constitui o condomínio edilício deve ser subscrita pelos titulares de, no mínimo, dois terços das frações ideais, tornando-se, desde logo, obrigatória para os titulares de direito sobre as unidades, ou para quantos sobre elas tenham posse ou detenção. Para ser oponível contra terceiros (efeitos *erga omnes*), a convenção do condomínio deverá ser registrada no Cartório de Registro de Imóveis. Todavia, consigne-se que, conforme a Súmula 260 do STJ, a convenção de condomínio aprovada, ainda que sem registro, é eficaz para regular as relações entre os condôminos (efeitos *inter partes*), o que é salutar.

Como se nota, a convenção é regida pelo princípio da força obrigatória da convenção (*pacta sunt servanda*). Porém, na realidade contemporânea, não se pode esquecer que tal preceito não é absoluto, encontrando fortes limitações nas normas de ordem pública, nos preceitos constitucionais e em princípios sociais, caso da boa-fé objetiva (art. 422 do CC) e da função social dos pactos e contratos (art. 421 do CC). Deve a convenção condominial, especialmente as suas cláusulas, ser analisada de acordo com a realidade que a cerca (*ética da situação*), sendo essa a expressão da socialidade e da eticidade, pilares conceituais da atual codificação civil e do Direito Privado Contemporâneo.

Na teoria e na prática, a grande dificuldade está em saber os limites de licitude das estipulações da convenção condominial, sendo pertinente a análise de alguns casos concretos comuns ao mercado imobiliário.

Como primeira ilustração, surge polêmica referente à presença de animais nas dependências do condomínio. Três situações podem ser apontadas, pois usuais na prática: *a)* a convenção de condomínio proíbe a estada de animais; *b)* a convenção é omissa sobre o assunto; *c)* a convenção permite os animais no condomínio. Nos dois últimos casos, em regra, a permanência dos animais é livre, a não ser que o animal seja perturbador ou incompatível com o bem-estar e a boa convivência dos condôminos.

Ademais, mesmo nos casos em que há proibição na convenção de condomínio, a boa jurisprudência tem entendido que é permitida a permanência do animal de estimação, desde que ele não perturbe o sossego, a saúde e a segurança dos demais coproprietários. Nessa linha, transcreve-

se:

"Condomínio. Ação declaratória c.c. obrigação de fazer. Parcial procedência. Condôminos que mantêm cachorro de pequeno porte (raça *Yorkshire*) em sua unidade condominial. Convenção condominial que proíbe a manutenção de qualquer espécie de animal nas dependências do condomínio. Abusividade, na hipótese. Inexistência de qualquer espécie de risco aos demais condôminos. Provas no sentido de que referido animal não causa qualquer transtorno aos moradores. Entendimento jurisprudencial que permite a permanência de animais de pequeno porte (hipótese dos autos) nas dependências do condomínio. Ausência de risco ao sossego e segurança dos condôminos (art. 10, III, Lei 4.591/1964). Sentença mantida. Recurso improvido" (TJSP, Apelação 994.05.049285-2, Acórdão 4383110, Sorocaba, 8.ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Salles Rossi, j. 17.03.2010, *DJESP* 12.04.2010).

"Obrigação de fazer. Condomínio edilício. Ação objetivando a retirada de animais domésticos. Convenção condominial proibindo a permanência de qualquer animal nos apartamentos ou nas dependências internas do condomínio. Pedido julgado improcedente. Apelação. Mudança de um dos corréus. Falta de interesse recursal superveniente. Inadmissibilidade do recurso em relação aos demais litisconsortes. Norma interna que não pode arredar o direito do condômino de usufruir de sua unidade autônoma, mantendo junto de si animal de pequeno ou de médio porte que não cause incômodo aos vizinhos nem ponha em risco a integridade física dos moradores. Recurso desprovido na parte conhecida" (TJSP, Apelação 994.03.096149-9, Acórdão 4271082, Limeira, 5.ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. J. L. Mônaco da Silva, j. 16.12.2009, *DJESP* 19.02.2010).

Releve-se, ainda, acórdão do Tribunal de Justiça de Pernambuco, da lavra do Des. Jones Figueirêdo Alves, concluindo que é possível permitir a permanência de animal de grande porte em condomínio edilício, desde que este não perturbe a paz e o sossego da coletividade. A *decisio* foi assim ementada, em resumo: "Ação de obrigação de fazer. Condomínio. Criação de animal de grande porte. Proibição. Norma interna e sua relativização. Interpretação teleológica. Congraçamento entre os direitos individuais e coletivos. Cão de conduta dócil. Sossego, salubridade e segurança preservados. Apelo provido" (TJPE, Apelação Cível 259.708-6, 4.ª Câmara de Direito Privado, Origem: 19.ª Vara Cível da Capital, decisão de 31 de outubro de 2012).

O julgado cita trecho de edição anterior desta obra, ainda em coautoria com José Fernando Simão, deduzindo que, "com efeito, a permanência de um animal em um prédio só pode ser proibida se houver violação do sossego, da salubridade e da segurança dos condôminos (art. 1.336, IV, Código Civil). No ponto, invoca-se o clássico paradigma dos três 'S', para 'uma devida eficiência de análise do caso concreto ao desate meritório'. Bem a propósito, o magistério de Flávio Tartuce e José Fernando Simão, sustenta: '... Sendo expressa a proibição de qualquer animal, não há que prevalecer a literalidade do texto que representa verdadeiro exagero na restrição do direito de uso da unidade autônoma, que é garantido por lei (art. 1.335, I, do CC e art. 19 da Lei n.º 4.591/1964), valendo o entendimento pelo qual se deve afastar a literalidade da convenção para a análise do caso concreto". Em artigo publicado no *site* "Migalhas", Jones Figueirêdo Alves comenta o acórdão e menciona o caso do *domador de ursos*, geralmente utilizado em aulas de Teoria Geral do Direito para ilustrar a concepção da equidade:

"Antes de mais, retenha-se a alegoria do domador de ursos, citada por Luis Recasens Siches na sua consagrada obra *Filosofía Del Derecho* que a seu turno refere a Radbruch e aquele toma por premissa a hipótese de Petrasyski, onde se relata o caso: '(...) En el andén de una estación ferroviária de Polonia había un letrero que transcribía un artículo del reglamento de ferrocarriles, cuyo texto rezaba: 'Se prohibe el paso al andén com perros'. Sucedió una vez que alguien iba a penetrar en el andén acompañado de un oso. El empleado que vigilaba la puerta le impidió el acceso. Protestó la persona que iba acompañada del oso, diciendo que aquel artículo del reglamento prohibía solamente pasar al andén con perros, pero no con otra clase de animales; y de ese modo surgió un conflicto jurídico, que se centró en torno de la interpretación de aquel artículo del reglamento. No cabe la menor duda de que, si aplicamos estrictamente los instrumentos de la lógica tradicional, tendremos que reconocer que la persona que iba acompañada del oso tenía indiscutible derecho a entrar ella junto con el oso al andén. No hay modo de incluir a los osos dentro del concepto 'perros''. Pois bem: em ser assim, deverá haver na estimação da norma, a devida congruência entre meios e fins, para que sua eficácia exalte a sua própria razão de ser. Toda norma deve ser interpretada teleologicamente, ou seja, pela ideia-força que a construiu" (ALVES, Jones Figueirêdo. "Perros"...,

Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI167049,21048-Perros+e+Osos>. Acesso em: 3 maio 2013).

Os acórdãos e as lições expostas tornam a convenção *letra morta*, em prol de uma interpretação mais condizente com os valores coletivos e sociais (*funcionalização social*). Não se olvide a questão ideológica dos julgamentos, até porque muitos dos julgadores estão em posição semelhante ao conteúdo das demandas, residindo em condomínios e tendo seus animais de estimação, que não perturbam os vizinhos.

Na doutrina, tem-se entendido de forma semelhante. Tanto isso é verdade que, na *VI Jornada de Direito Civil*, foi aprovado o Enunciado n. 566, de autoria de Cesar Peghini, estabelecendo que "A cláusula convencional que restringe a permanência de animais em unidades autônomas residenciais deve ser valorada à luz dos parâmetros legais de sossego, insalubridade e periculosidade". A justificativa do enunciado doutrinário menciona as "especificidades do caso concreto, como por exemplo, a utilização terapêutica de animais de maior porte. Evita-se, assim, a vedação abusiva na convenção".

Outra questão polêmica relativa à convenção diz respeito à vedação de que algumas pessoas, previamente apontadas, frequentem o condomínio no caso de aquisição ou locação de unidade, caso de estudantes, artistas, jogadores de futebol, homossexuais, garotas de programa ou pessoas pertencentes a algum grupo identificável. Para Nelson Kojranski, por exemplo, a cláusula da convenção que proíbe o uso de apartamentos para "repúblicas de estudantes" é perfeitamente lícita, "por ter sido imposta pelos próprios condôminos" (*Condomínio*..., 2011, p. 160).

Com o devido respeito, em todos os casos citados, a cláusula de restrição pessoal é nula de pleno direito, por ser ilícita e discriminatória, por razões diferentes, representando clara lesão à máxima, segunda a qual todos são iguais perante a lei, constante do art. 5.º, *caput*, do Texto Maior. Há um prejulgamento de condutas alheias, que representa claro preconceito, levando à ilicitude do objeto do negócio jurídico, nos termos do art. 166, inc. II, do Código Civil.

No plano prático, o antigo Tribunal de Alçada Civil de São Paulo deu interpretação restritiva à cláusula da convenção, entendendo que ela não poderia ser imposta a república de estudantes: "Possessória. Liminar. Apartamento locado a estudantes. Condomínio que não permite a ocupação a pretexto de que a convenção proibira 'república de estudantes no prédio'. Convenção que apenas impede o uso da unidade residencial de forma nociva ou perigosa ao sossego, à salubridade e à segurança dos demais condôminos. Proprietário que não pode ser impedido de locar, de fruir o bem. Condomínio que tem como impedir o uso nocivo da propriedade. Inquilinos que não podem ser proibidos de ocupar a unidade locada. Liminar deferida. Recurso provido" (1.º TACSP, Recurso 1154593-4, 11.ª Câmara, Rel.ª Juíza Constança Gonzaga Junqueira de Mesquita, j. 15.05.2003).

Porém, tal entendimento não é pacífico na jurisprudência, eis que acórdão mais recente do Tribunal Paulista julgou pela licitude da cláusula, agindo o condomínio em exercício regular de direito ao não admitir a instituição da república. O aresto afasta eventual dever de indenizar do condomínio, por suposta discriminação: "Indenização. Recurso contra sentença de improcedência em ação visando reparação por danos materiais e morais decorrentes de proibição de ocupação de imóvel locado em edifício residencial. Intenção de estabelecer-se habitação coletiva, popularmente denominada república de estudantes universitários, contrariando normas internas do condomínio. Exercício regular de direito. Danos inocorrentes. Apelo improvido" (TJSP, Apelação Cível

0026126-25.2010.8.26.0071, Acórdão 6481027, Bauru, 8.ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Luiz Ambra, j. 30.01.2013, *DJESP* 08.02.2013).

Aliás, aproveita-se o tema exposto para pontuar que parece ser discriminatória – talvez ainda herança dos tempos de escravidão deste País – a divisão dos elevadores em sociais e de serviço. Melhor seria a existência de elevadores unificados, inclusive para uma fusão de convivência de classes sociais, admitindo-se apenas restrições de ordem objetiva (exemplos: banhistas, voltando da praia, entregas de cargas). E de nada adianta a existência de leis municipais vedando expressamente a discriminação nos elevadores se a diferenciação ainda é mantida em "Casa Grande e Senzala", homenageando Gilberto Freyre.

Outra dúvida recorrente quanto ao controle das cláusulas da convenção de condomínio diz respeito à possibilidade de se vedar o uso de áreas comuns ao condômino inadimplente. Mais uma vez a resposta deste autor é negativa, por lesão ao direito de propriedade (art. 5.º, inc. XXII, da CF/1988) e, em algumas situações, à própria dignidade da pessoa humana (art. 1.º, inc. III, da CF/1988). Vejamos duas decisões, que analisam hipóteses diferentes:

"Condomínio. Medida cautelar. Direito de uso do salão de festas do condomínio obstado ao condômino inadimplente. Inadmissibilidade. Imposição injustificada de restrição ao uso das áreas comuns em decorrência da inadimplência. Violação ao direito de propriedade. Discussão da dívida em regular ação de cobrança e em consignatória, ambas em trâmite. Sentença mantida. Improvida a irresignação recursal" (TJSP, Apelação 0150356-03.2006.8.26.0000, Acórdão 5227201, São Paulo, 8.ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Luiz Ambra, j. 29.06.2011, *DJESP* 15.07.2011).

"Responsabilidade civil. Condomínio. Impedimento a que condômino votasse e frequentasse áreas comuns a pretexto de que inadimplente. Acordo para pagamento do débito que foi homologado e vinha sendo regularmente cumprido. Ilicitude reconhecida. Dano moral havido e mensurado de maneira adequada, considerada a dupla finalidade da indenização. Sentença mantida. Recurso desprovido" (TJSP, Apelação 9175155-25.2004.8.26.0000, Acórdão 4855011, São Paulo, 1.ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Claudio Godoy, j. 30.11.2010, *DJESP* 13.01.2011).

Como se retira da segunda ementa, além da nulidade da cláusula da convenção, deve ser reconhecida a responsabilidade civil do condomínio por ato ilícito, nos termos dos arts. 186 e 927 do Código Civil. A forma de pensar é exatamente a mesma nos casos em que o condomínio desliga o elevador em relação à unidade inadimplente ou interrompe serviços essenciais, caso da água e da luz. Nessas situações, a lesão à dignidade humana é flagrante, devendo a indenização ser fixada com caráter exemplar e pedagógico. Igualmente entendendo pela ilicitude da conduta do condomínio em casos tais:

"Apelação Cível. Ação de anulação de cláusula contratual cumulada com indenização por danos materiais e morais. Sentença improcedente. Inconformismo. Acolhimento. Preliminar afastada. Corte no fornecimento de água em desfavor de condômino inadimplente é medida abusiva e vexatória. Danos morais cabíveis. Despesas com aquisição de galões para suportar a suspensão da água. Danos materiais incidentes. Sentença reformada. Apelo provido (Voto 25318)" (TJSP, Apelação 0101092-93.2006.8.26.0007, Acórdão 6389464, São Paulo, 8.ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Ribeiro da Silva, j. 05.12.2012, *DJESP* 18.01.2013).

"Apelação cível. Ação de retomada de área comum e suspensão de fornecimento de água, luz, elevador e manutenção. Preliminares de ilegitimidade ativa, inépcia da petição inicial e carência de ação por impossibilidade jurídica do pedido afastadas. Mérito. Condomínio. Assembleia autorizando o corte no fornecimento de serviços e retomada da área comum. Condômino inadimplente. Exercício arbitrário das próprias razões. Coação configurada. Necessidades essenciais à dignidade da pessoa humana. Meios vexatórios e inapropriados. Princípio da proporcionalidade. Aplicabilidade. Meio impróprio. Ação de cobrança já ajuizada. Honorários advocatícios corretamente fixados. Litigância de má-fé. Inocorrência. Ausência de má-fé do condomínio. Não aplicação da multa do art. 18 do CPC. Manutenção da sentença recursos desprovidos" (TJPR, Apelação Cível 0472015-8, Curitiba, 9.ª Câmara Cível, Rel. Des. José Augusto Gomes Aniceto, *DJPR* 14.08.2009, p. 351).

Alerte-se que a questão da interrupção do serviço essencial pelo condomínio não é pacífica, eis que podem ser encontrados julgamentos que entendem pela sua possibilidade (TJSP, Apelação 9078394-87.2008.8.26.0000, Acórdão 5289747, São Paulo, 33.ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Carlos Nunes, j. 01.08.2011, *DJESP* 05.08.2011 e TJMG, Apelação Cível 1.0188.02.001191-5/001, Nova Lima, 15.ª Câmara Cível, Rel. Desig. Des. Unias Silva, j. 23.03.2006, *DJMG* 11.05.2006). Essa forma de pensar não tem amparo jurídico, pois não tem o condomínio tal direito assegurado por lei. O Código Civil apenas estabelece sanções pecuniárias em hipóteses de inadimplemento, que serão oportunamente analisadas. Em reforço, trata-se de uma valorização exagerada do *pacta sunt servanda* os casos em que consta da convenção uma cláusula de admissão dessa infeliz conduta, em flagrante conflito com os ditames constitucionais e com a tendência dirigista e intervencionista do Direito Civil Contemporâneo.

Transpostos tais debates, como conteúdo, a convenção deve determinar, além dos requisitos do art. 1.332, os elementos obrigatórios constantes do art. 1.334 do atual Código Civil.

De início, da convenção devem constar a quota proporcional e o modo de pagamento das contribuições dos condôminos para atender às despesas ordinárias e extraordinárias do condomínio (art. 1.334, inc. I, do CC/2002). Como se verá a seguir, essas despesas constituem obrigações *propter rem, próprias da coisa* ou ambulatórias, seguindo o bem com quem quer que ele esteja. Como bem adverte Marco Aurélio S. Viana, se não há previsão a respeito de tais pagamentos, “o rateio se faz na proporção das frações ideais. Aplica-se supletivamente a disposição do inciso I, do art. 1.336. Por isso é possível que o rateio das despesas ordinárias se faça em quotas iguais, pouco importando a fração ideal das unidades autônomas, ou, se outra forma que melhor atenda à vida condominial. Nada impede que na convenção encontremos disposição excluindo determinadas unidades de certas despesas, ou estabelecendo critérios diferentes para a divisão das despesas extraordinárias” (VIANA, Marco Aurélio S. *Comentários*..., 2003, v. XVI, p. 416).

Da convenção deve também constar a forma de administração do condomínio edilício (art. 1.334, inc. II, do CC). A título de exemplo, mencione-se a possibilidade de reeleição sucessiva ou não do síndico e do subsíndico; bem como a duração de seus mandatos. Ou, ainda, se haverá ou não a constituição de um conselho fiscal e qual será a duração de sua atuação.

A convenção determinará a competência das assembleias, a forma de sua convocação e o *quorum* exigido para as deliberações (art. 1.334, inc. III, do CC). Como é cediço, há a *assembleia-geral ordinária* e a *extraordinária*. Nos termos do art. 1.350 da própria codificação privada, a primeira assembleia visa a aprovar o orçamento das despesas anuais, a determinar as contribuições dos condôminos e a prestação de contas, e, eventualmente, a eleger o síndico, o subsíndico e a alterar o regimento interno. As assembleias-gerais extraordinárias poderão ser convocadas pelo síndico ou por um quarto dos condôminos, tendo qualquer finalidade de discussão, desde que relevante ao condomínio (art. 1.355 do CC). Em relação aos quóruns, existem algumas frações mínimas que devem ser observadas, por traduzirem normas de ordem pública, conforme ainda será estudado neste capítulo.

A convenção expressará, ainda, as sanções a que estão sujeitos os condôminos ou os possuidores (art. 1.334, inc. IV, do CC), sem prejuízo de outras sanções já estabelecidas em lei, e que serão devidamente estudadas neste capítulo. A título de exemplo, cite-se a usual hipótese de imposição de multa de um salário mínimo ao condômino desordeiro, que desrespeitar as regras relativas ao

silêncio. Ou, ainda, a multa de 5% da quota condominial no caso do condômino que circular com seu veículo nas áreas comuns em velocidade incompatível com a via, oferecendo riscos aos demais condôminos.

Por fim, da convenção condominial constará o regimento interno do condomínio (art. 1.334, inc. V, do CC). Trata-se do regulamento geral, que traz as regras fundamentais a respeito do cotidiano do condomínio, tais como a utilização das áreas comuns, as restrições de uso, os horários de funcionamento e suas limitações, as proibições e permissões genéricas ou específicas, entre outros conteúdos possíveis. Conforme o Enunciado n. 248 CJF/STJ, da *III Jornada de Direito Civil*, "O *quorum* para alteração do regimento interno do condomínio edilício pode ser livremente fixado na convenção", o que visa uma maior mobilidade, adaptando-se o regulamento condominial às mudanças sociais e à realidade condominial. Em suma, não se exige o mesmo *quorum* para a alteração da convenção, fixado na lei como preceito de ordem pública, que não pode ser afastado.

Cabe destacar que esse último enunciado doutrinário foi aplicado em julgado do STJ do ano de 2013, assim publicado no seu *Informativo* n. *527*: "A alteração de regimento interno de condomínio edilício depende de votação com observância do quórum estipulado na convenção condominial. É certo que o art. 1.351 do CC, em sua redação original, previa quórum qualificado de dois terços dos condôminos para a modificação do regimento interno do condomínio. Ocorre que o mencionado dispositivo teve sua redação alterada pela Lei 10.931/2004, a qual deixou de exigir para tanto a observância de quórum qualificado. Assim, conclui-se que, com a Lei 10.931/2004, foi ampliada a autonomia privada dos condôminos, os quais passaram a ter maior liberdade para definir o número mínimo de votos necessários para a alteração do regimento interno. Nesse sentido é, inclusive, o entendimento consagrado no Enunciado n. 248 da *III Jornada de Direito Civil* do CJF, que dispõe que o quórum para alteração do regimento interno do condomínio edilício pode ser livremente fixado em convenção. Todavia, deve-se ressaltar que, apesar da nova redação do art. 1.351 do CC, não configura ilegalidade a exigência de quórum qualificado para votação na hipótese em que este tenha sido estipulado em convenção condominial aprovada ainda na vigência da redação original do art. 1.351 do CC" (STJ, REsp 1.169.865/DF, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 13.08.2013). Como se nota, as citações aos enunciados aprovados nas *Jornadas de Direito Civil* tornaram-se comuns na jurisprudência superior brasileira.

A propósito, nos termos de enunciado aprovado na *V Jornada de Direito Civil*, de 2011, "A escritura declaratória de instituição e convenção firmada pelo titular único de edificação composta por unidades autônomas é título hábil para registro da propriedade horizontal no competente Registro de Imóveis, nos termos dos arts. 1.332 a 1.334 do Código Civil" (Enunciado n. 504). Dessa forma, não há necessidade da presença obrigatória de mais de um proprietário do imóvel para a instituição e a convenção, o que normalmente ocorre nos casos de incorporação imobiliária, em que não há ainda condôminos definidos, mas apenas o construtor-incorporador.

A convenção do condômino poderá ser feita por escritura pública ou por instrumento particular, o que está de acordo com o princípio da operabilidade no sentido de simplicidade (art. 1.334, § 1.º, do CC). Em outras palavras, facilita-se a convenção, afastando-se maiores despesas para que o condomínio seja criado e passe a gerar efeitos jurídicos em relação aos seus componentes.

Por derradeiro, devem ser equiparados aos proprietários, para os fins de tratamento a respeito da convenção do condomínio, salvo disposição em contrário, os promitentes compradores e os

cessionários de direitos relativos às unidades autônomas (art. 1.334, § 2.º, do CC). Em relação aos promitentes compradores, a equiparação abrange tanto o compromisso de compra e venda registrado como o não registrado na matrícula. Como é notório, o primeiro negócio é corriqueiro nos casos de aquisição de unidades por financiamento, notadamente envolvendo incorporações imobiliárias, surgindo do compromisso de compra e venda registrado na matrícula o direito real de aquisição do compromissário comprador. Em relação aos cessionários, a norma é aplicada ao *gaveteiro*, parte do popular *contrato de gaveta*, figura tão comum no mercado imobiliário nacional.

5.4.3 Direitos e deveres dos condôminos. Estudo das penalidades no condomínio edilício. O condômino antissocial

Como ocorre com o condomínio voluntário ou convencional, a codificação privada traz regras importantes a respeito dos direitos e deveres dos condôminos, bem como das penalidades que surgem da violação dos últimos. De início, enuncia o art. 1.335 do CC quais são direitos dos condôminos, o que merece um estudo pontual.

Os condôminos podem usar, fruir e livremente dispor das suas unidades, faculdades que decorrem automaticamente da *teoria da propriedade integral ou total* adotada pelo sistema brasileiro no que diz respeito ao instituto (art. 1.335, inc. I). Como demonstrado em vários trechos desta obra, o exercício dos atributos do domínio encontra limitações em outros direitos e preceitos da legislação. Assim, o exercício da propriedade não pode representar abuso de direito, nos termos do sempre citado art. 187 do CC/2002, servindo como parâmetros a função social da propriedade, a boa-fé e os bons costumes. Devem ser lembradas, também, as regras relativas ao direito de vizinhança, notadamente o art. 1.277 da codificação, que trata do uso anormal da propriedade, consagrando a *regra dos três "Ss"*, a partir dos parâmetros da segurança, do sossego e da saúde dos demais proprietários. Quanto ao direito de dispor, repise-se que não há direito de preferência dos demais condôminos do caso de alienação da unidade exclusiva condominial.

Constitui direito de o condômino usar das partes comuns, conforme a sua destinação, e contanto que não exclua a utilização dos demais compossuidores (art. 1.335, inc. II). Em havendo exclusão do direito de outrem, caberá ao condomínio ou ao próprio condômino prejudicado ingressar com a ação cabível, que pode ser a ação de reintegração de posse, a ação reivindicatória ou uma ação de obrigação de fazer. Tratando da última demanda, por exemplo, da jurisprudência:

> "Condomínio. Ação de obrigação de não fazer, uso de box de garagem para fins de depósito de objetos. Destinação específica do espaço para o estacionamento de veículos, conforme a convenção condominial. Necessidade de respeito à destinação da área. Aplicação do disposto no art. 1.335, inciso II, do Código Civil. Eventual uso indevido do espaço por outros condôminos. Circunstância que não abona a conduta da ré, cabendo-lhe, no máximo, representar ao Síndico para que adote as medidas necessárias com vistas ao respeito da disposição contida na Convenção. Sentença mantida. Apelo improvido" (TJSP, Apelação com Revisão 520.521.4/4, Acórdão 3570512, Santos, 3.ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Donegá Morandini, j. 11.11.2008, *DJESP* 15.05.2009).

Em relação à ação reivindicatória, julgado do Superior Tribunal de Justiça analisou a legitimidade para tanto. Assim, merece destaque o seguinte trecho do acórdão, com preciosas lições: "Há duas espécies de condomínios (para deixar de lado ponderações acerca de outras formas mais sofisticadas, irrelevantes ao deslinde dessa causa, como a multipropriedade): *a)* condomínio geral ou tradicional e *b)* condomínio edilício ou por unidades autônomas. Enquanto para o condomínio geral

há expressa previsão legal acerca da legitimação concorrente de todos os condôminos para eventual ação reivindicatória de toda a propriedade, tal não sucede com o condomínio edilício. No condomínio edilício, verifica-se a presença de (1) área privativa ou unidade autônoma, (2) área comum de uso exclusivo e (3) área comum de uso comum. Esta pode ser: (3.a) essencial ao exercício do direito de propriedade da unidade autônoma ou (3.b) não essencial ao exercício do direito de propriedade da unidade autônoma. Em se tratando de assenhoreamento de área comum de condomínio edilício por terceiro, a competente ação reivindicatória só poderá ser ajuizada pelo próprio condomínio, salvo se o uso desse espaço comum for: (1) exclusivo de um ou mais condôminos ou (2) essencial ao exercício do direito de usar, fruir ou dispor de uma ou mais unidades autônomas. Nesses dois casos excepcionais, haverá legitimação concorrente e interesse de agir tanto do condomínio como dos condôminos diretamente prejudicados. Todavia, nessas hipóteses de legitimação concorrente em condomínio edilício, a coisa julgada formada em razão do manejo de ação reivindicatória dos condôminos diretamente prejudicados não inibirá a futura propositura de outra demanda reivindicatória pelo condomínio. (...)" (STJ, REsp 1.015.652/RS, Rel. Min. Massami Uyeda, 3.ª Turma, j. 02.06.2009, *DJe* 12.06.2009).

O condômino tem, ainda, o direito de votar nas deliberações da assembleia e delas participar, estando quite, ou seja, estando em dia com suas obrigações condominiais (art. 1.335, inc. III). O condômino pode participar das assembleias pessoalmente ou por procurador especialmente constituído e com poderes específicos, sendo a última situação corriqueira na prática. Eventual condômino inadimplente que queira participar da assembleia deve quitar o débito, o que pode ser feito judicial ou extrajudicialmente, inclusive por meio da ação de consignação em pagamento (TJMG, Apelação Cível 1.0024.04.501945-2/001, Belo Horizonte, 13.ª Câmara Cível, Rel.ª Des.ª Eulina do Carmo Almeida, j. 23.11.2006, *DJMG* 19.01.2007).

A respeito do direito de voto do locatário, há quem entenda que ele não mais persiste, diante da revogação do art. 24, § 4.º, da Lei 4.591/1964, não reproduzido pela atual codificação privada (LOPES, João Batista. *Condomínio*..., 2008, p. 134). Todavia, como a lei passou a ser omissa a respeito do tema, nos termos do art. 4.º da Lei de Introdução, a questão deve ser resolvida com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito. Ora, é costumeiro o direito de participação do locatário – o que, aliás, geralmente consta da convenção –, devendo ele ser preservado, por uma questão de *democracia condominial*. Como outro argumento relevante, pode ser ventilada a aplicação do princípio da isonomia, retirada do art. 5.º da Constituição da República, tendo a exclusão do direito do locatário caráter discriminatório, na *opinio* deste autor.

Sem dúvida, uma das matérias que mais interessa ao condomínio edilício é a relacionada aos deveres dos condôminos e às penalidades impostas pela lei ao inadimplente. Vejamos, então, os deveres preconizados pelo art. 1.336 do Código Civil.

O condômino deve contribuir para as despesas do condomínio na proporção das suas frações ideais, salvo disposição em contrário na convenção (inc. I). A possibilidade de previsão em contrário é novidade introduzida pela Lei 10.931/2004. Assim, em regra, o proprietário da cobertura que equivale a dois apartamentos deve pagar o dobro da verba condominial única. Porém, a convenção pode estipular que o pagamento daquele equivale a 1,5 da unidade dos demais.

O condômino tem o dever de não realizar obras que comprometam a segurança da edificação (art. 1.336, inc. II, do CC). Em casos de desrespeito a esse preceito, além das penalidades pecuniárias,

caberá ação de nunciação de obra nova ou mesmo ação demolitória proposta pelo condomínio ou por qualquer condômino. A exemplificar, envolvendo também a próxima previsão: "Agravo de instrumento. Nunciação de obra nova. Pedido de liminar. Concessão. 1. Caso em que o exame da prova dos autos permite observar que a obra realizada pelos agravados na parte externa de seu imóvel (cobertura) contraria convenção de condomínio, estando em desacordo com determinação majoritária dos condôminos. Hipótese em que a obra implica alteração da fachada do edifício, sem que haja autorização unânime dos condôminos para tanto. 2. Situação, outrossim, em que o acúmulo de materiais põe em risco a segurança do prédio, conforme apurado em laudo pericial. Requisitos do art. 273, *caput* e inciso I, do CPC verificados. Liminar deferida. Recurso a que se dá provimento" (TJRS, Agravo de Instrumento 70028934248, Taquara, 17.ª Câmara Cível, Rel. Des. Luiz Renato Alves da Silva, j. 02.07.2009, *DOERS* 12.08.2009, p. 62).

Todavia, se a obra não oferecer riscos ou mesmo trouxer vantagens à comunidade condominial, não há que se falar em violação a tal dever. A título de exemplo, cite-se a realização de obra de junção de duas unidades, em que a parede removida não traz qualquer prejuízo à estrutura do prédio. Conforme reconhece a jurisprudência, "não há que se falar em reconstituição ao *status quo ante* quando o projeto original de um edifício não é substancialmente alterado pelas obras realizadas por um dos condôminos, sobretudo se não há prova do prejuízo causado ao direito de propriedade dos seus condôminos" (TJMG, Apelação Cível 1.0024.04.256408-8/0011, Belo Horizonte, 16.ª Câmara Cível, Rel. Des. Sebastião Pereira de Souza, j. 31.10.2007, *DJEMG* 29.02.2008).

O condômino não pode alterar a forma e a cor da fachada, das partes e esquadrias externas, o que visa a manter a harmonia estética do condomínio (art. 1.336, inc. III). Imagine-se, por exemplo, se cada condômino resolvesse pintar a fachada de sua unidade com as cores do seu time do coração. A situação seria caótica, inclusive com desrespeito às normas da boa urbanística.

A questão do fechamento da fachada da varanda ou sacada por vidro translúcido gera controvérsia. Este autor está filiado à corrente que prega a sua possibilidade, desde que não altere substancialmente a estética do prédio, nos termos do que estabelece a convenção ou do que seja aprovado em assembleia (TJSP, Apelação 9193741-13.2004.8.26.0000, Acórdão 5575957, Campinas, 5.ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. J. L. Mônaco da Silva, j. 30.11.2011, *DJESP* 18.01.2012 e TJMG, Apelação 1.0024.04.391299-7/001, 15.ª Câmara Cível, Rel. Viçoso Rodrigues, Data da publicação 08.08.2006). Como bem leciona Caio Mário da Silva Pereira: "Tem-se entendido, generalizadamente, que não importa em alteração interdita o fechamento de área voltada para o exterior, varanda ou terraço, por vidraças encaixilhadas em esquadrias finas, de vez que a sua transparência não quebra a harmonia do conjunto" (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Condomínio...*, 1993, p. 156). Pelo mesmo caminho, a colocação de tela de segurança nas varandas e janelas, em regra, é livre, devendo seguir a padronização constante igualmente da convenção, geralmente com o uso de redes brancas.

Outro problema frequente tem relação com os aparelhos de ar-condicionado colocados nas partes externas do condomínio. O condômino, em regra, deve respeitar as regras de colocação nas áreas próprias para tanto, conforme consta da convenção ou do regimento interno. Fora disso, cabe à assembleia decidir se a colocação representa ou não alteração da fachada. Em casos de litígio, o julgamento é caso a caso, conforme se retira das seguintes ementas, com tom ilustrativo e sem prejuízo de outros arestos:

> “Apelação. Ação de obrigação de fazer. Aparelhos de ar-condicionado instalados em marquise de condomínio de edifício, considerada área comum. Convenção Condominial que proíbe a alteração de fachada. Sentença mantida por seus próprios fundamentos. Aplicação do artigo 252 do Regimento Interno deste E. Tribunal de Justiça. Negado provimento ao recurso” (V. 12464) (TJSP, Apelação 9156217-06.2009.8.26.0000, Acórdão 6594863, São Bernardo do Campo, 3.ª Câmara de Direito Privado, Rel.ª Des.ª Viviani Nicolau, j. 19.03.2013, *DJESP* 03.04.2013).

> “Agravo inominado. Art. 557, § 1.º do CPC. Agravo de instrumento. Restauração da fachada. Retirada dos aparelhos de ar-condicionado. Recurso interposto contra a decisão que deu provimento a agravo de instrumento, na forma do art. 557, § 1.º, *a*, do CPC, a fim de determinar o prosseguimento da obra com a consequente retirada dos aparelhos de ar-condicionado. Péssima condição da fachada do bloco D do condomínio. Eminente possibilidade de queda de reboco. Condições retratadas que foram devidamente comprovadas. Imperiosidade de uma ponderação de interesses a fim de averiguar o que melhor atende aos condôminos, buscando o bem comum e a adoção de medidas que causarão o menor desconforto possível aos interessados. Impõe-se a prevenção de acidentes e, portanto, a imediata restauração da fachada. Retirada provisória dos aparelhos de ar-condicionado que não trará qualquer prejuízo aos agravados. Manutenção da r. decisão agravada. Recurso conhecido e desprovido” (TJRJ, Agravo de Instrumento 0004759-56.2010.8.19.0000, 19.ª Câmara Cível, Rel. Des. Ferdinaldo do Nascimento, j. 31.08.2010, *DORJ* 22.09.2010, p. 208).

Como último dever, o condômino deve dar às suas partes a mesma destinação que tem a edificação, e não as utilizar de maneira prejudicial ao sossego, salubridade e segurança dos demais condôminos, tradução da *regra dos três “Ss”*, aqui antes mencionada. Também não pode o condômino contrariar os bons costumes, o que constitui uma cláusula geral, a ser preenchida pelo julgador caso a caso (art. 1.336, inc. IV, do CC).

Em relação ao último dever, três problemas do cotidiano devem ser expostos e analisados.

Primeiro, a questão da lei do silêncio e do excesso de barulho no apartamento. Geralmente, as convenções de condomínio estabelecem um período de tempo para que seja respeitada a dita regra do silêncio (ex. antes da sete horas da manhã e depois das dez horas da noite). Todavia, ressalte-se que a paz condominial sempre deve estar presente, em qualquer horário, seja o condomínio residencial ou não. Ilustrando, não se pode admitir que um condômino utilize uma unidade para ensaios de sua banda de *rock*, sem que a sua unidade tenha o devido revestimento acústico. Nessa linha: “A convenção do condomínio prevê, no art. 8.º, letra ‘d’, a vedação de barulho ‘com volume excessivo ou em horas destinadas ao repouso ou descanso’. Ou seja, o simples de fato de estar fora do horário de repouso não autoriza o barulho desmedido. As pessoas que vivem em condomínio têm que ter bom senso e respeito aos demais condôminos. Isto inclui o cuidado com os excessos, ainda que fora do horário de descanso. Assim, já tendo o autor sido notificado anteriormente (fl. 36) e tendo o fato se repetido, ocasionando novas reclamações, não há razões que justifiquem o afastamento da multa imposta pelo condomínio. Sentença confirmada por seus próprios fundamentos” (TJRS, Recurso Cível 34065-45.2011.8.21.9000, Santa Cruz do Sul, 3.ª Turma Recursal Cível, Rel. Des. Ricardo Torres Hermann, j. 15.03.2012, *DJERS* 19.03.2012).

Ainda a respeito do tema do excesso de barulho, tratando de hipótese em que houve violação da regra do silêncio no horário previsto para o repouso noturno, do mesmo Tribunal Gaúcho:

> “Uso nocivo da propriedade. Condomínio e vizinhança. Perturbação do sossego. Poluição sonora causada por utilização abusiva de aparelho de som (rádio e cd) em horário de repouso noturno. Descumprimento às normas atinentes ao convívio social. Manutenção da condenação à abstenção de tal prática. 1. Havendo a perturbação do sossego em face de utilização indevida de aparelho de som (com volume excessivo) pelo réu, mostra-se adequado o pedido de abstenção de tal prática quando comprovada a perturbação, em função do barulho, comprometedora do sossego familiar. 2. A obrigação de não fazer (abstenção de manter o aparelho de som em volume alto), respeitando o horário de descanso, 22h, imposta na sentença de primeiro grau, visa a garantir o convívio pacífico da vizinhança e está respaldada pelas normas que regulam as relações sociais previstas na Legislação Civil. Sentença mantida por seus próprios fundamentos. Recurso improvido” (TJRS, Recurso Cível 71001517911, Sapiranga, 1.ª Turma Recursal Cível, Rel. Des. Ricardo Torres Hermann, j.

27.03.2008, *DOERS* 02.04.2008, p. 114).

De toda sorte, o condômino perturbado pelo barulho praticado por outrem deve manter o bom senso em suas condutas, não agindo igualmente de forma desproporcional ao reagir contra o ato alheio, sob pena de caracterização de outro ato ilícito. Tratando de reação desproporcional de condômino e de condutas culposas recíprocas, a ensejar dupla reparação civil, vejamos:

"Juizados Especiais Cíveis. Ação de reparação por danos morais. Festa de aniversário do requerente em salão de festas do condomínio. Muito barulho. Reclamações de todos os condôminos. Determinação de redução do volume do som gradativo após as 22 horas. Não respeitada. Condômina às 00:35 desce de sua unidade e se dirige ao salão de festas para reclamar do barulho e joga o bolo no chão. Situação capaz de ensejar danos morais. Valor da condenação reduzida ante a existência de culpa recíproca. Recurso conhecido e parcialmente provido. 1. Na hipótese dos autos, o autor alega que a requerida adentrou em sua festa de aniversário, que ocorria no salão de festa do bloco em que ambas as partes residem, e derrubou o bolo no chão. Considerada, pelo MM. Juiz de direito, situação passível de ser acobertada pela reparação por danos morais, devido ao fato de que tal atitude teve o condão de acabar com sua festa de aniversário, vez que após as discussões, bem como derrubada do bolo, todos os convidados restaram constrangidos não havendo mais clima para que a festa continuasse. Certo é que o Juízo de 1.ª instância entendeu pelo dever de indenizar da requerida, vez que esta tentou resolver a controvérsia pelo uso de seus próprios meios, partindo para as vias de fato, ao jogar o bolo no chão conforme depoimento prestado à fl. 56, sendo inclusive necessário que a requerida fosse protegida pelos funcionários da portaria que após o ocorrido quase foi agredida pelos convidados da festa. Nos termos do art. 186, do Código Civil 'aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito'. 2. Caracterizada situação capaz de ensejar a reparação por danos morais, o *quantum* arbitrado deverá observar as seguintes finalidades: compensatória, punitiva e preventiva, além do grau de culpa do agente, do potencial econômico e características pessoais das partes, a repercussão do fato no condomínio e a natureza do direito violado, sendo respeitados os critérios da equidade, proporcionalidade e razoabilidade. O valor arbitrado a título de danos morais deve ser reduzido para R$ 500,00 (quinhentos reais), haja vista a configuração de culpa concorrente, vez que o excesso de barulho advindo da festa realizada pelo autor ocasionou a realização de várias reclamações, conforme relatos de fls. 53 a 60. A atitude de total desobediência do autor às regras do condomínio ao se recusar a baixar o volume da festa, teve por resultado os danos à pessoa da ré, que foram sopesados na fixação do dano moral. 3. Recurso conhecido e parcialmente provido. Sem custas e honorários em face da ausência de recorrente vencido. Dispensados voto e relatório na forma do art. 46 da Lei n.º 9.099/95" (TJDF, Recurso 2009.01.1.127315-4, Acórdão 604.988, 2.ª Turma Recursal dos Juizados Especiais do Distrito Federal, Rel. Juiz João Fischer, *DJDFTE* 27.07.2012).

No que concerne à utilização da área conforme a destinação do condomínio, não se pode abster totalmente o condômino de trabalhar no imóvel, desde que isso não perturbe o sossego dos demais condôminos. A título de exemplo, o presente livro foi escrito em uma unidade de condomínio residencial, localizado na Vila Mariana, em São Paulo, Capital, sem que qualquer outro condômino fosse prejudicado.

Como bem salienta Marco Aurélio S. Viana, apresentando casos práticos, não se pode impedir que um advogado receba colegas em sua residência para debater um caso; ou que um professor ministre aulas em sua casa. E arremata: "O que se examina é a ofensa ao sossego e à segurança dos moradores. E mesmo que o estatuto condominial vede a prática, isso não é obstáculo, porque o que autoriza e referenda a cláusula restritiva de exercício de direitos é a ofensa aos direitos dos demais comunheiros" (*Comentários*..., 2003, v. XVI, p. 424). Não se pode esquecer que o direito ao trabalho é um direito social e fundamental (art. 7.º da CF/1988) que deve ser preservado ao máximo, conforme se retira da ementa a seguir:

"Civil. Ação cominatória. Direito de vizinhança. Condômino que ministra aulas de educação física. Horário comercial. Não demonstração de violação dos limites ordinários de tolerância. Direito ao trabalho e à livre-iniciativa. Honorários advocatícios. Nos termos do art. 1.277 do Código Civil, os limites ordinários de tolerância dos moradores devem ser analisados no caso concreto, a fim de se configurar, ou não, a violação aos direitos de vizinhança. Não há que se falar em violação dos direitos de vizinhança se o empreendimento comercial do condômino, consistente no ministério de aulas coletivas de educação física em sua residência, em horário comercial, além de não ser vedado pelo Estatuto do Condomínio, não produz barulho que supere os decibéis toleráveis para a legislação.

Ademais, a circulação de alguns alunos em horário comercial não tem o condão de afetar, de maneira drástica, o sossego dos moradores do condomínio. O direito ao trabalho e à livre-iniciativa, insculpidos no *caput* do art. 170 da Constituição Federal, apenas pode ser limitado mediante previsão legal ou quando em legítimo conflito com outro direito fundamental. Mantém-se o valor arbitrado a título de honorários advocatícios se em conformidade com os parâmetros fixados nas alíneas do § 3.º do art. 20 do CPC" (TJDF, Recurso 2006.08.1.004799-7, Acórdão 384.239, 4.ª Turma Cível, Rel. Desig. Des. Sérgio Bittencourt, *DJDFTE* 04.11.2009, p. 136).

Por fim, problema relativo aos bons costumes surge quando o condômino desenvolve atividade que por si só causa constrangimento aos demais moradores, caso da prostituição. Conforme se extrai da jurisprudência, até é possível fazer cessar a atividade, desde que isso seja devidamente comprovado por quem a alega:

"Ação cominatória. Obrigação de não fazer. Uso ilícito de unidade autônoma, a violar os bons costumes. Alegação de utilização de loja como ponto de prostituição. Ausência de prova de desvio de uso. Condomínio autor que protestou por julgamento antecipado da lide, sem a realização de audiência de conciliação ou mesmo de instrução. Insuficiência de provas, fundadas somente em abaixo-assinado vago em imputações e nas alegações da própria inicial. Ação improcedente. Sentença mantida. Recurso não provido" (TJSP, Apelação Cível 436.450.4/2, Acórdão 3174270, São Paulo, 4.ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Francisco Eduardo Loureiro, j. 07.08.2008, *DJESP* 01.09.2008).

Esclareça-se que o presente autor entende que não é possível a presença de cláusulas discriminatórias na convenção a respeito de determinadas pessoas, conforme antes exposto. Porém, é viável fazer cessar condutas que violem os bons costumes, por meio de ação de obrigação de fazer e de não fazer; bem como impor sanções aos condôminos infratores.

Partindo-se para o estudo das penalidades ao condômino, enuncia o § 1.º do art. 1.336 que aquele que não pagar a sua contribuição ficará sujeito aos juros moratórios convencionados ou, não sendo previstos, aos de um por cento ao mês (1% a.m.) e multa de até dois por cento sobre o débito. Eis aqui uma das principais inovações da codificação de 2002, pois a multa foi reduzida de 20% sobre o débito (art. 12, § 3.º, da Lei 4.591/1964) para os citados 2% (dois por cento).

Deve ficar claro que, segundo corrente seguida por este autor, é nula qualquer estipulação que *disfarce* ou simule uma multa superior a 2%, eis que a norma é de ordem pública. Nesse contexto, é nulo o conhecido *desconto por pontualidade*, conforme reconhece enunciado doutrinário aprovado na *V Jornada de Direito Civil*: "É nula a estipulação que, dissimulando ou embutindo multa acima de 2%, confere suposto desconto de pontualidade no pagamento da taxa condominial, pois configura fraude à lei (Código Civil, art. 1.336, § 1.º)e não redução por merecimento" (Enunciado n. 505). Alguns arestos seguem essa correta conclusão: TJSC, Apelação Cível 2011.043381-8, Capital, 2.ª Câmara de Direito Civil, Rel. Des. José Trindade dos Santos, j. 17.04.2013, *DJSC* 26.04.2013, p. 285; TJSP, Apelação Cível 0005425-29.2010.8.26.0108, Acórdão 6658926, Jundiaí, 31.ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Paulo Ayrosa, j. 16.04.2013, *DJESP* 24.04.2013; TJSP, Apelação 9136346-58.2007.8.26.0000, Acórdão 5370103, São Paulo, 34.ª Câmara de Direito Privado, Rel.ª Des.ª Cristina Zucchi, j. 29.08.2011, *DJESP* 30.09.2011 e TJDF, Recurso 2010.00.2.017915-4, Acórdão 469.110, 1.ª Turma Cível, Rel. Des. Flavio Rostirola, *DJDFTE* 15.12.2010, p. 68).

Tal posicionamento, contudo, não é pacífico, pois alguns julgadores entendem que o desconto de pontualidade tem natureza distinta da multa, tendo apenas a última caráter sancionatório. Diante dessa diferenciação, não haveria óbice para a cumulação (TJDF, Recurso 2012.01.1.058202-4, Acórdão 653.033, 1.ª Turma Cível, Rel.ª Des.ª Simone Lucindo, *DJDFTE* 22.02.2013, p. 10; TJRS, Apelação Cível 448049-17.2011.8.21.7000, Sapiranga, 16.ª Câmara Cível, Rel. Des. Paulo Sérgio

Scarparo, j. 26.01.2012, *DJERS* 31.01.2012).

Decisão antiga do Superior Tribunal de Justiça concluiu dessa forma, sendo a publicação da ementa: "Condomínio. Cobrança de cotas atrasadas. Desconto. 1. O desconto para o pagamento antecipado de cotas condominiais não é penalidade, representando estímulo correto em épocas de alta inflação, como no caso. 2. Recurso especial conhecido, mas improvido" (STJ, REsp 236.828/RJ, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, 3.ª Turma, j. 31.08.2000, *DJ* 23.10.2000, p. 137). *Decisio* mais recente da Corte Superior confirmou tal dedução (STJ, AgRg no REsp 1.217.181/DF, Rel. Min. Massami Uyeda, 3.ª Turma, j. 04.10.2011, *DJe* 13.10.2011). Com o devido respeito, tal confirmação não deveria ter ocorrido, eis que o País não convive mais com a realidade inflacionária, o que dava fundamento ao primeiro julgado da Corte Superior.

Pois bem, como questão controvertida que surgiu nos primeiros anos da vigência do CC/2002, restou a dúvida se a inovação a respeito da redução da multa para 2% teria aplicação imediata, abrangendo os condomínios constituídos na vigência da legislação anterior. O Superior Tribunal de Justiça acabou por concluir que sim, conforme ementas a seguir destacadas, que influenciaram a jurisprudência de todo o país:

> "Condomínio. Multa. Aplicação do art. 1.336, § 1.º, do Código Civil de 2002. Precedentes da Corte. 1. Já assentou esta Terceira Turma que a 'natureza estatutária da convenção de condomínio autoriza a imediata aplicação do regime jurídico previsto no novo Código Civil, regendo-se a multa pelo disposto no respectivo art. 1.336, § 1.º" (REsp n.º 722.904/RS, de minha relatoria, *DJ* de 1.º.07.2005). 2. Recurso especial conhecido e provido" (STJ, REsp 663.436/SP, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, 3.ª Turma, j. 16.03.2006, *DJ* 1.º.08.2006, p. 432).

> "Processual civil e civil. Condomínio. Taxas condominiais. Multa condominial de 20% prevista na convenção, com base no art. 12, § 3.º, da Lei 4.591/1964. Redução para 2% quanto à dívida vencida na vigência do novo Código Civil. Necessidade. Revogação pelo estatuto material de 2002 do teto anteriormente previsto por incompatibilidade. Recurso provido. 1 – *In casu*, a Convenção Condominial fixou a multa, por atraso no pagamento das cotas, no patamar máximo de 20%, o que, à evidência, vale para os atrasos ocorridos antes do advento do novo Código Civil. Isto porque, o novo Código trata, em capítulo específico, de novas regras para os condomínios. 2 – Assim, por tratar-se de obrigação periódica, renovando-se todo mês, a multa deve ser aplicada em observância à nova situação jurídica constituída sob a égide da lei substantiva atual, prevista em seu art. 1.336, § 1.º, em observância ao art. 2.º, § 1.º, da LICC, porquanto há revogação, nesse particular, por incompatibilidade, do art. 12, § 3.º, da Lei 4.591/1964. Destarte, a regra convencional, perdendo o respaldo da legislação antiga, sofre, automaticamente, os efeitos da nova, à qual não se pode sobrepor. 3 – Recurso conhecido e provido para restabelecer a sentença de primeiro grau" (STJ, REsp 762.297/RS, Rel. Min. Jorge Scartezzini, 4.ª Turma, j. 11.10.2005, *DJ* 07.11.2005, p. 307).

Os arestos representam aplicação do art. 2.035, *caput*, do CC e da *Escada Ponteana*, ou seja, a divisão do negócio jurídico em três planos: plano da existência, plano da validade e plano da eficácia. De acordo com o preceito citado, "A validade dos negócios e demais atos jurídicos, constituídos antes da entrada em vigor deste Código, obedece ao disposto nas leis anteriores, referidas no art. 2.045, mas os seus efeitos, produzidos após a vigência deste Código, aos preceitos dele se subordinam, salvo se houver sido prevista pelas partes determinada forma de execução".

Explicando o seu conteúdo, a norma estabelece que, quanto ao plano da validade, incide a norma do momento da sua constituição ou celebração. Por isso, quanto aos negócios celebrados na vigência do Código Civil de 1916, aplica-se essa anterior codificação no que diz respeito aos seus requisitos de validade. No que tange à eficácia, incide a norma do momento da sua produção de efeitos, ou seja, o Código Civil de 2002, salvo se as partes convencionarem de forma contrária.

Ora, como a multa está no *plano da eficácia*, interessando aos efeitos da convenção de

condomínio, deve ser aplicada a norma do momento da produção dos seus efeitos. Como se extrai do último julgado, se o inadimplemento ocorrer na vigência do CC/2002, vale a norma nele prevista, mesmo que a convenção tenha previsto o contrário. A convenção não prevalece, uma vez que a redução da multa é questão de ordem pública, relacionada com a função social da propriedade e dos contratos. Entra em cena, nesse ínterim, a regra do parágrafo único do próprio art. 2.035 do CC/2002, segundo o qual: "Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos".

Esclareça-se que, na doutrina, houve e ainda há grande debate a respeito da aplicação imediata ou não da multa, mesmo aos condomínios anteriores. Carlos Alberto Dabus Maluf, por exemplo, era e ainda é um dos juristas que sustenta a aplicação da nova multa apenas para os novos condomínios, diante da proteção do ato jurídico perfeito, constante do art. 5.º, inc. XXXVI, da Constituição Federal e do art. 6.º da Lei de Introdução. Para ele, em obra em coautoria: "As convenções são atos negociais firmados entre particulares e disciplinam condutas de caráter privado, regras que podem ser modificadas pelos condôminos, tendo caráter eminentemente negocial; não disciplinam, nem poderiam disciplinar ou transigir, norma de direito indisponível. Assim, a lei nova não pode afetar convenções já existentes, uma vez que não se trata, no caso, de norma de ordem pública, única hipótese em que a lei nova tem aplicação imediata em se tratando de ato jurídico perfeito" (MALUF, Carlos Alberto Dabus; MARQUES, Márcio Antero Motta Ramos. *Condomínio*..., 2009, p. 91).

Demonstra o jurista grande controvérsia na jurisprudência paulista a respeito do assunto, estando dividido o então Segundo Tribunal de Justiça de São Paulo, até o surgimento dos acórdãos do Superior Tribunal de Justiça. Doutrinariamente, Dabus Maluf cita, pelo mesmo caminho, as opiniões de Pablo Stolze Gagliano, Nelson Kojranski e Antonio Jeová dos Santos. Em pesquisa realizada por este autor, constatou-se que compartilham dessa mesma opinião Marco Aurélio S. Viana, Carlos Roberto Gonçalves e Marco Aurélio Bezerra de Melo.

De qualquer modo, tal posicionamento doutrinário não é unânime, pois tantos outros autores seguem o entendimento da Corte Superior, concluindo que a redução da multa de vinte para dois por cento traduz preceito de ordem pública, que não pode ser contrariado pelas partes, o que é compartilhado por este autor (a título de exemplo: DINIZ, Maria Helena. *Código*..., 2010, p. 935; LOUREIRO, Francisco Eduardo. *Código*..., 2010, p. 1.360; FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Curso*..., 2012, v. 5, p. 738; VENOSA, Sílvio de Salvo. *Código*..., 2010, p. 1.207; ALVES, Jones Figueirêdo; DELGADO, Mário Luiz. *Código*..., 2005, p. 666; SILVA, Luiz Antonio Rodrigues da. Pequena..., *Condomínio*..., 2005, p. 315-318). Quanto ao argumento de que as normas condominiais são de ordem privada, esclareça-se que, *em regra*, há tal natureza. Entretanto, existem preceitos e interesses de ordem pública que dizem respeito ao condomínio edilício, como ocorre com o antes abordado controle das cláusulas da convenção, que encontra limites nas normas constitucionais.

Frise-se, porém, que é preciso verificar em qual momento ocorreu o inadimplemento para a correspondente incidência da multa. Resumindo, se o inadimplemento ocorreu na vigência da lei anterior, incide a multa de vinte por cento; se na vigência do CC/2002, a multa é de dois por cento. Nos dois casos não importa quando o condomínio foi constituído e se há previsão em contrário na convenção.

Em praticamente todos os doutrinadores pesquisados encontra-se a afirmação de que a redução da multa de vinte para dois por cento constitui um incentivo ao inadimplemento, o que acabou representando uma verdade nos anos iniciais do Código Civil de 2002. Todavia, a melhora da situação econômica do País acabou por enfraquecer tal afirmação. Além disso, outros instrumentos passaram a ser utilizados para a efetivação do recebimento do crédito pelo condomínio. Cite-se, no Estado de São Paulo, a Lei Estadual 13.160/2008, que possibilita o protesto do título representativo da dívida condominial. Como é notório, o *brasileiro comum* depende economicamente do crédito, sendo a interrupção de sua concessão algo altamente indesejado no meio social. No caso de São Paulo, tal medida tem se revelado muito mais eficiente do que a antiga multa de vinte por cento, prevista antes do Código Civil de 2002.

Na verdade, este autor vê com bons olhos a redução da multa moratória condominial para os dois por cento, em sintonia com o que estabelece o Código de Defesa do Consumidor para as relações de consumo (art. 52, § 2.º, da Lei 8.078/1990). Em complemento, é tendência a redução das multas e penalidades nos negócios privados, o que pode ser retirado do art. 413 do Código Civil, estudado no Volume 2 desta coleção.

E não nos parece ser o percentual de multa o que motiva alguém, no âmbito pessoal e psicológico, a inadimplir com uma obrigação. Razões de outra ordem é que geram o descumprimento obrigacional em nosso País, especialmente as dificuldades financeiras e a má educação financeira do *brasileiro médio*. Por fim, argumente-se que o Código Civil de 2002 estabelece como novidade outras penalidades, em montantes superiores, que podem ser mais eficientes do que um simples percentual de multa sobre a obrigação principal.

O § 2.º do art. 1.336 do Código Civil determina que 2/3 dos condôminos restantes podem deliberar a imposição de multa no montante de até cinco vezes o valor da quota condominial para o condômino que: *a)* realizar obras que comprometam a segurança da edificação; *b)* alterar a forma e a cor da fachada, das partes e esquadrias externas; *c)* der destinação diferente à sua parte daquela prevista para a edificação; *d)* utilizar a sua parte de forma a prejudicar o sossego, a salubridade e a segurança dos demais possuidores ou em contrariedade aos bons costumes.

Como se pode notar, a presente penalidade tem aplicação bem restrita, exigindo um *quorum* qualificado, que dificilmente será obtido na prática. Para *funcionalizar* o instituto, em prol do princípio da operabilidade, este autor entende que é possível alterar a convenção para prever outro *quorum*, pois esta norma relativa à votação é de ordem privada. A título de exemplo, é possível estipular que o *quorum* será de 2/3 sobre os presentes na assembleia, e não sobre o restante dos condôminos, o que é igualmente a forma de pensar de alguns juristas (ver: TEPEDINO, Gustavo; MORAES, Maria Celina Bodin de; BARBOZA, Heloísa Helena. *Código...*, 2011, v. III, p. 693; MALUF, Carlos Alberto Dabus; MARQUES, Márcio Antero Ramos. *Condomínio...*, 2009, p. 104; MELO, Marco Aurélio Bezerra. *Direito...*, 2007, p. 257; DINIZ, Maria Helena. *Código...*, 2010, p. 935). Todavia, quanto ao valor da multa, deve-se respeitar o teto de cinco vezes o valor da quota condominial, pois, em tal parte, a norma representa preceito de ordem pública.

Com tom mais amplo, dispõe o art. 1.337, *caput*, do CC/2002 que o condômino que não cumprir reiteradamente com os seus deveres perante o condomínio poderá, por deliberação de 3/4 dos condôminos restantes, ser constrangido a pagar multa de até o quíntuplo (cinco vezes) do valor atribuído à quota condominial, conforme a gravidade das faltas e a reiteração, independentemente

das perdas e danos.

Em complemento, de acordo com o parágrafo único do mesmo art. 1.337, o condômino ou o possuidor que, por seu reiterado comportamento antissocial, gerar incompatibilidade de convivência com os demais condôminos ou possuidores, poderá ser constrangido a pagar multa correspondente ao décuplo – dez vezes – do valor atribuído à contribuição para as despesas condominiais, até ulterior deliberação da assembleia.

Como se pode perceber, os *quoruns* qualificados exigidos, mais uma vez, são difíceis de serem alcançados na prática, razão pela qual a convenção pode trazer outra previsão (admitindo a premissa, implicitamente: TJSP, Apelação 9080440-15.2009.8.26.0000, Acórdão 6549920, São Paulo, 34.ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Nestor Duarte, j. 25.02.2013, *DJESP* 13.03.2013). Repise-se, mais uma vez, que as normas são de ordem privada nesse ponto. Quanto aos tetos dos valores das multas, não cabe contrariar as normas, tidas como de ordem pública, a exemplo do comentado quanto ao art. 1.336, § 2.º. As duas penalidades do art. 1.337 são aplicadas ao chamado *condômino antissocial*, aquele que não se configura com a realidade social e coletiva do condomínio. Tal caracterização depende de análise caso a caso.

De imediato, entende-se que as penalidades não só podem como devem ser aplicadas ao condômino que não cumpre reiteradamente com as obrigações pecuniárias condominiais. Nesse sentido:

> "Despesas condominiais. Cumulação das multas previstas nos arts. 1.336, § 1.º, e 1.337, *caput*, do CC de 2002. Possibilidade. Não configuração de *bis in idem*. Inadimplemento reiterado conforme critério definido pelos próprios condôminos e que não esvazia a previsão do art. 1.336, § 1.º. Apelo não provido" (TJSP, Apelação com Revisão 916995008, 30.ª Câmara de Direito Privado, Rel. Juiz Luiz Felipe Nogueira, j. 29.11.2007).

> "Processo civil e civil. Condomínio. Atrasos reiterados de pagamento das taxas condominiais. Aplicação de pena pecuniária. Art. 1.337 do Código Civil. Possibilidade. A multa moratória prevista no art. 1.336 do Código Civil diverge daquela prevista no art. 1.337 do aludido CODEX. Nesse sentido, o art. 1.337 do CC é mais amplo do que o § 2.º do art. 1.336, porque abrange todos os deveres do condômino perante o condomínio, previstos na Lei, convenção ou regimento interno, inclusive o inadimplemento do pagamento da contribuição condominial do inciso I. Observa-se, portanto, que o parágrafo único do art. 1.337 regula a aplicação de pena agravada, quando a conduta ilícita, além de grave e reiterada, não só de caráter antissocial, gerar incompatibilidade de convivência com os demais condôminos. Realizada a assembleia-geral, com o *quorum* específico e, uma vez aprovada a aplicação da penalidade prevista no citado art. 1.337 do CC, respeitados os parâmetros ali expostos, a inobservância do pagamento regular das taxas condominiais enseja a aplicação da citada penalidade, sem que isso configure qualquer irregularidade ou afronta ao ordenamento civil. Recurso conhecido e provido" (TJDF, Recurso 2007.01.1.114280-3, Acórdão 429.193, 6.ª Turma Cível, Rel.ª Des.ª Ana Maria Duarte Amarante Brito, *DJDFTE* 25.06.2010, p. 111).

De toda sorte, esclareça-se que a questão não é pacífica. José Fernando Simão, por exemplo, nas edições anteriores desta obra, posicionava-se de forma contrária a tal entendimento, pois entende que, em casos de inadimplemento, somente incide a multa de dois por cento, constante do § 1.º do art. 1.336, sob pena de caracterização do *bis in idem*. Com o devido respeito, a este autor parece que o condômino que não cumpre reiteradamente com suas obrigações econômicas enquadra-se perfeitamente como antissocial perante os demais, diante do não pagamento dos encargos que são coletivos.

Como outro exemplo, imagine-se o condômino que se excede constantemente quanto ao barulho, perturbando os demais consortes de forma reiterada por seu comportamento desrespeitoso e não se sujeitando às advertências e multas impostas (nessa linha de pensamento: TJSP, Apelação

992.09.071793-6, Acórdão 4239982, Santos, 36.ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Arantes Theodoro, j. 10.12.2009, *DJESP* 02.03.2010).

Trata-se do típico ser humano egoísta e não solidário, que não se preocupa com os outros e com a coletividade. Não se olvide que a conduta deve ser reiterada, não se impondo em casos de atos isolados, conforme reconhece nossa jurisprudência (TJDF, Recurso 2007.01.1.127409-7, Acórdão 473.599, 3.ª Turma Cível, Rel. Des. Mario-Zam Belmiro, *DJDFTE* 26.01.2011, p. 115 e TJSP, Apelação 994.05.073323-7, Acórdão 4455637, São Paulo, 9.ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. José Luiz Gavião de Almeida, j. 13.04.2010, *DJESP* 26.05.2010).

Na esteira da melhor doutrina e jurisprudência, deduz-se que as multas previstas no art. 1.337 do CC/2002 somente podem ser instituídas após a prévia comunicação ao infrator, assinalando-lhe prazo para justificar a sua conduta, exercendo o direito de defesa (TJSP, Apelação 992.07.020168-3, Acórdão 4579037, São Paulo, 35.ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. José Malerbi, j. 05.07.2010, *DJESP* 26.07.2010).

Nesse caminho, o Enunciado n. 92, da *I Jornada de Direito Civil*, com redação precisa: "As sanções do art. 1.337 do novo Código Civil não podem ser aplicadas sem que se garanta direito de defesa ao condômino nocivo". Eventual previsão na convenção que afaste esse direito deve ser tida como nula, por ilicitude do objeto, uma vez que o direito à ampla defesa e ao contraditório é amparado constitucionalmente (art. 5.º, inc. LV, da CF/1988 e art. 166, inc. II, do CC). Trata-se de mais um exemplo de controle interno da convenção condominial diante de preceitos constitucionais e normas de ordem pública.

O Código Civil Brasileiro de 2002 não traz expressamente a possibilidade de expulsão do *condômino antissocial*, tese defendida por parte da doutrina, caso de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, entre outros (*Direitos...*, 2006, p. 532). No mesmo trilhar, vejamos enunciado aprovado na *V Jornada de Direito Civil*: "Verificando-se que a sanção pecuniária mostrou-se ineficaz, a garantia fundamental da função social da propriedade (arts. 5.º, XXIII, CF/1988 e 1.228, § 1.º, CC) e a vedação ao abuso do direito (arts. 187 e 1.228, § 2.º, CC) justificam a exclusão do condômino antissocial, desde que a ulterior assembleia prevista na parte final do parágrafo único do artigo 1.337 do Código Civil delibere a propositura de ação judicial com esse fim, asseguradas todas as garantias inerentes ao devido processo legal" (Enunciado n. 508). Da jurisprudência, acolhendo a tese, em caso de extrema gravidade:

> "Apelação cível. Condomínio edilício vertical. Preliminar. Intempestividade. Inocorrência. Apelo interposto antes da decisão dos embargos. Ratificação. Desnecessidade. Exclusão de condômino nocivo. Limitação do direito de uso/habitação, tão somente. Possibilidade, após esgotada a via administrativa. Assembleia-geral realizada. Notificações com oportunização do contraditório. *Quorum* mínimo respeitado (3/4 dos condôminos). Multa referente ao décuplo do valor do condomínio. Medida insuficiente. Conduta antissocial contumaz reiterada. Graves indícios de crimes contra a liberdade sexual, redução à condição análoga a de escravo. Condômino que aliciava candidatas a emprego de domésticas com salários acima do mercado, mantendo-as presas e incomunicáveis na unidade condominial. Alta rotatividade de funcionárias que, invariavelmente saiam do emprego noticiando maus-tratos, agressões físicas e verbais, além de assédios sexuais entre outras acusações. Retenção de documentos. Escândalos reiterados dentro e fora do condomínio. Práticas que evoluíram para investida em moradora menor do condomínio, conduta antissocial inadmissível que impõe provimento jurisdicional efetivo. Cabimento. Cláusula geral. Função social da propriedade. Mitigação do direito de uso/habitação. Dano moral. Não conhecimento. Matéria não deduzida e tampouco apreciada. Honorários sucumbenciais fixados em R$ 6.000,00 (seis mil reais). Mantença" (TJPR, Apelação Cível 957.743-1, 10.ª Câmara Cível, Curitiba, Rel. Des. Arquelau Araujo Ribas, j. 13.12.2012).

Mesmo em casos graves como o julgado, não se filia a tal corrente, por violar o princípio de

proteção da dignidade da pessoa humana (art. 1.º, inc. III, da CF/1988) e a solidariedade social (art. 3.º, inc. I, da CF/1988); bem como a concreção da tutela da moradia (art. 6.º da CF/1988). Em suma, a tese da expulsão do condômino antissocial viola preceitos máximos de ordem pública, sendo alternativas viáveis as duras sanções pecuniárias previstas no art. 1.337 do CC/2002. Nessa linha, afastando essa possibilidade, da jurisprudência:

"Cerceamento de defesa. Indeferimento de quesitos suplementares. Decisão não recorrida. Preclusão. Preliminar rejeitada. Obrigação de fazer. Alteração de fachada de prédio residencial para fins comerciais. Desfazimento da obra C.C. Indenização e expulsão do condômino. Improcedência da demanda. Inconformismo. Admissibilidade em parte. Porta colocada em desconformidade com o projeto original. Decurso do tempo que, por si só, não caracteriza *supressio*. Obrigação de restituir a fachada original. Expulsão de condômino que não tem previsão legal. Precedente desta Corte. Danos causados pela reforma interna da unidade que devem ser indenizados. Fiador que é parte ilegítima para responder perante o condomínio pelos prejuízos causados pela locatária. Sentença reformada em parte. Recurso parcialmente provido. Preliminar rejeitada e recurso provido em parte" (TJSP, Apelação 9220040-22.2007.8.26.0000, Acórdão 6448392, São Paulo, 5.ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. J. L. Mônaco da Silva, j. 16.01.2013, *DJESP* 01.02.2013).

"Expulsão de condômino por comportamento antissocial. Impossibilidade. Ausência de previsão legal. O Código Civil permite no art. 1.337 a aplicação de multas que podem ser elevadas ao décuplo em caso de incompatibilidade de convivência com os demais condôminos. Multa mensal que tem como termo inicial a citação e o final a publicação da r. Sentença, a partir de quando somente será devida por fatos subsequentes que vierem a ocorrer e forem objeto de decisão em assembleia. Recursos parcialmente providos" (TJSP, Apelação Cível 668.403.4/6, Acórdão 4122049, Barueri, 4.ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Maia da Cunha, j. 1.º.10.2009, *DJESP* 27.10.2009).

Do mesmo modo, repisa-se, não se filia à tese de impedir a entrada de supostas *pessoas indesejadas* no condomínio (*expulsão antecipada*), muito menos de limitação do uso das áreas comuns para os condôminos antissociais, caso do estacionamento, do elevador, da piscina, do salão de festas, da área de lazer e da churrasqueira, como bem salienta a melhor doutrina (MALUF, Carlos Alberto Dabus; MARQUES, Márcio Antero Ramos. *Condomínio*..., 2009, p. 109). Nas duas hipóteses, fica notória a violação à dignidade da pessoa humana, conforme se tem julgado, inclusive com a condenação do condomínio por danos morais, diante de conduta vexatória. A ilustrar, da prática:

"Ação de indenização. Condomínio. Cobrança vexatória. Proibição ao uso de área comum com o nítido intuito de constranger a condômina inadimplente. Dano moral caracterizado. Ainda que seja confessa a inadimplência da autora, não pode, o requerido, proibir a utilização do estacionamento, como forma de buscar seu crédito. Exposição pública que se revela abusiva e configura verdadeira represália ao inadimplemento, atingindo a honra da demandante. Abalo moral sofrido que autoriza a indenização. Que, no caso, tem efeito reparador para atenuar o mal sofrido e servir como efeito pedagógico ao ofensor. Valor da indenização. Majoração. Descabimento. Condenação que bem atenta ao caráter punitivo-pedagógico. Redução do valor arbitrado em sentença para R$ 1.000,00 – um mil reais. Apelo da autora desprovido. Apelo do réu parcialmente provido" (TJRS, Apelação Cível 70021221452, Porto Alegre, 20.ª Câmara Cível, Rel. Des. José Aquino Flôres de Camargo, j. 28.11.2007, *DOERS* 31.01.2008, p. 44).

"Condomínio. Despesas condominiais. Indenização. Dano moral. Condômino impedido de utilizar a área comum sem motivo justificado. Inadimplência deste. Irrelevância. Cabimento. Impedido o condômino de utilização de área comum sem motivo justificado, porquanto a inadimplência não justifica tal penalidade, enseja a reparação em *quantum* adequado, fixado na sentença" (2.º TACSP, Apelação sem Revisão 659.976-00/6, 4.ª Câmara, Rel. Juiz Júlio Vidal, j. 1.º.04.2003).

Mais uma vez, nas interpretações aqui expostas, analisa-se o Direito Civil a partir da Constituição Federal de 1988 e dos princípios constitucionais, na esteira da *visão civil-constitucional do sistema* (Direito Civil Constitucional). Para tanto, é preciso reconhecer que os princípios constitucionais que protegem a pessoa humana têm aplicação imediata nas relações entre particulares (*eficácia horizontal*), inclusive nas relações entre condôminos e condomínio. Não se olvide que essa

incidência está amparada no art. 5.º, § 1.º, da CF/1988, segundo o qual as normas que definem direitos fundamentais têm aplicação imediata.

Superado o estudo das penalidades ao condômino e partindo para o estudo de outros direitos e deveres estabelecidos pela codificação, o art. 1.338 do CC/2002 preconiza que, resolvendo o condômino alugar área no abrigo para veículos, preferir-se-á, em condições iguais, qualquer dos condôminos a estranhos, e, entre todos, os possuidores. Trata-se de mais um *direito de preferência, preempção ou prelação legal* a favor do condômino. No caso de violação desse direito, este autor entende que os condôminos preteridos podem constituir a locação em seu favor, em efeito semelhante ao que consta do art. 504 do CC/2002.

Sobre a inovação, que não constava da legislação anterior, preceitua o Enunciado n. 91 CJF/STJ que "A convenção de condomínio, ou a assembleia-geral, pode vedar a locação de área de garagem ou abrigo para veículos estranhos ao condomínio". Em suma, foi reconhecido na *I Jornada de Direito Civil* que a convenção de condomínio poderia proibir a venda ou locação a estranhos ao condomínio, na linha da recente alteração legislativa do art. 1.331, § 1.º, do CC/2002, antes comentada.

Em complemento, aprovou-se na *IV Jornada de Direito Civil* o Enunciado n. 320 CJF/STJ: "O direito de preferência de que trata o art. 1.338 deve ser assegurado não apenas nos casos de locação, mas também na hipótese de venda da garagem". Na opinião deste autor, o enunciado doutrinário traz uma imprecisão, ao aplicar por analogia norma restritiva de direitos. Na verdade, somente há direito de preferência na venda no caso de condomínio de coisa indivisível (art. 504 do CC), o que pode não ser o caso da vaga de garagem (geralmente não o é). Porém, destaque-se que o teor do enunciado deve ser considerado como majoritário, para os devidos fins.

Atente-se ao fato de que o debate exposto somente será relevante se houver na convenção de condomínio previsão expressa autorizando a locação ou a alienação de vaga de garagem a terceiros. Isso, diante da recente alteração do art. 1.331, § 1.º, do CC pela Lei 12.607/2012, fazendo tal exigência. Sendo assim, parece que o Enunciado n. 91, da *I Jornada*, restou prejudicado, eis que a lei acabou por confirmar, em parte, o seu conteúdo.

Superado esse ponto, determina o art. 1.339 do CC/2002 que os direitos de cada condômino às partes comuns são inseparáveis de sua propriedade exclusiva. São, do mesmo modo, inseparáveis das frações ideais correspondentes as unidades imobiliárias, com as suas partes acessórias. Nos casos deste artigo, é proibido alienar ou gravar os bens em separado, ou seja, alienar o uso das partes exclusivas sem alienar o das partes comuns (§ 1.º).

Todavia, é permitido ao condômino alienar *parte acessória* de sua unidade imobiliária a outro condômino, só podendo fazê-lo a terceiro se essa faculdade constar do ato constitutivo do condomínio, e se a ela não se opuser a respectiva assembleia-geral (§ 2.º). Para a última hipótese, cite-se a alienação somente da vaga de garagem a terceiro, desde que preenchidos os requisitos legais. Como visto, reafirme-se, diante da recente alteração do art. 1.331 pela Lei 12.607/2012, que a alienação de vaga de garagem somente é possível se houver cláusula permissiva expressa na convenção.

As despesas relativas a partes comuns de uso exclusivo de um condômino, ou de alguns deles, incumbem a quem delas se serve (art. 1.340 do CC/2002). Como exemplo, mais uma vez pode ser

mencionado o *hall* de elevador privativo, notadamente nos prédios em que há um apartamento por andar. Na hipótese de condomínio de lojas ou mistos, tem-se entendido pela impossibilidade de cobrança das quotas condominiais daqueles que não usufruem de determinados acessórios constantes do condomínio, caso dos elevadores e dos interfones. Assim julgando:

"Apelação cível. Apelados proprietários de loja e sobreloja em condomínio edilício. Sentença ajustada ao pedido inicial. Inexistência de coisa julgada. Cobrança de despesas de condomínio. Elevador e interfone. Uso exclusivo das unidades habitacionais. Incidência do artigo 1.340 do Código Civil de 2002. Precedentes. Recurso conhecido e não provido. O artigo 1.340 do Código Civil dispõe que 'as despesas relativas a partes comuns de uso exclusivo de um condômino, ou de alguns deles, incumbem a quem delas se serve'. Portanto, os proprietários de loja e sobreloja voltadas para a rua não devem arcar com despesas relativas a interfone e elevador, que não utilizam" (TJSC, Apelação Cível 2011.074731-5, São José, 4.ª Câmara de Direito Civil, Rel. Desig. Des. Victor José Sebem Ferreira, j. 17.08.2012, *DJSC* 24.08.2012, p. 265).

"Condomínio edilício. Edifício misto, composto de apartamentos e lojas. Assembleia-geral que determina que as lojas participem do rateio de todas as despesas de condomínio, inclusive daquelas que, em tese, não revertem em seu proveito. Incidência da norma cogente do art. 1.340 do Código Civil, que consagra a vedação do enriquecimento sem causa. Dúvida fundada sobre a regularidade da deliberação, que não constou da ordem do dia e aparentemente violou texto da convenção de condomínio. Elementos suficientes para ocasionarem a suspensão da deliberação. Presença dos requisitos do art. 273 do CPC. Agravo provido" (TJSP, Agravo de Instrumento 990.10.107801-5, Acórdão 4538242, São Paulo, 4.ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Francisco Loureiro, j. 27.05.2010, *DJESP* 30.06.2010).

Como se retira do último acórdão, o art. 1.340 do Código Civil deve ser considerado preceito de ordem pública, pela relação com a vedação do enriquecimento sem causa, o que é correto do ponto de vista jurídico.

Pelo mesmo raciocínio, ao proprietário do terraço de cobertura incumbem as despesas da sua conservação, de modo que não haja danos às unidades imobiliárias inferiores (art. 1.344 do CC). Ilustre-se com a conservação da piscina e da churrasqueira que se encontram na cobertura do prédio, compondo parte exclusiva.

Nunca se pode esquecer que as despesas condominiais constituem obrigações *propter rem* ou *próprias da coisa*, denominadas *obrigações ambulatórias*, pois seguem a coisa onde quer que ela se encontre (concluindo dessa forma, por todos: STJ, AgRg no AREsp 148.547/SP, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, 4.ª Turma, j. 16.04.2013, *DJe* 23.04.2013; AgRg no REsp 1.299.228/RS, Rel. Min. Marco Buzzi, 4.ª Turma, j. 04.09.2012, *DJe* 14.09.2012; AgRg no REsp 947.460/RS, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, 4.ª Turma, j. 27.03.2012, *DJe* 10.04.2012). Isso pode ser retirado do art. 1.345 do CC, segundo o qual o adquirente de unidade responde pelos débitos do alienante, em relação ao condomínio, inclusive multas e juros moratórios. Como se nota, essa natureza híbrida (*direito pessoal + real*) abrange as penalidades, que são acessórios da dívida, caso daquelas previstas nos arts. 1.336 e 1.337 da codificação.

Entretanto, quebrando esse caráter *propter rem* em caso específico, entendeu o Superior Tribunal de Justiça que, "residindo um dos coproprietários no imóvel e sendo apenas ele o beneficiário dos serviços postos à disposição pelo condomínio, deve ele estar no polo passivo da ação de cobrança de quotas condominiais, ressalvado o seu direito de reembolso ante os demais proprietários" (STJ, REsp 500.185/RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3.ª Turma, j. 18.08.2005, *DJ* 10.10.2005, p. 356). Trata-se de uma exceção, em que se considera o caráter pessoal diante do uso exclusivo do bem em condomínio.

Não se olvide que a obrigação *propter rem* relativa às contribuições condominiais tem o condão

de quebrar a impenhorabilidade do bem de família, seja ele voluntário – instituído por escritura pública, nos termos do art. 1.711 do CC –, seja ele legal, por força automática da Lei 8.009/1990. Quanto ao bem de família voluntário, é clara a redação do art. 1.715 do CC/2002, *in verbis*: "O bem de família é isento de execução por dívidas posteriores à sua instituição, salvo as que provierem de tributos relativos ao prédio, ou de despesas de condomínio".

Quanto ao bem de família legal, a quebra decorre de interpretação do art. 3.º, inc. IV, da Lei 8.009/1990, que menciona a exceção fundada em taxas e contribuições relativas ao imóvel. Por interpretação jurisprudencial, inclusive do Supremo Tribunal Federal, em tal exceção incluem-se as dívidas condominiais (STF, RE 439.003/SP, Rel. Eros Grau, j. 06.02.2007, *Informativo* n. *455*, 14 de fevereiro de 2007).

A encerrar o estudo dos deveres, preconiza o art. 1.346 do CC/2002 que é obrigatório o seguro de toda a edificação contra o risco de incêndio ou destruição, total ou parcial. Como leciona Maria Helena Diniz, a seguradora a ser contratada será escolhida pelo síndico e, ocorrendo o sinistro, a indenização será paga aos condôminos na proporção de seus quinhões (DINIZ, Maria Helena. *Código*..., 2010, p. 940). A não contratação do seguro pode gerar a destituição do síndico por irresponsabilidade frente ao condomínio.

5.4.4 Da administração do condomínio edilício

O bom funcionamento da *máquina condominial* depende da atuação de um grupo de pessoas e de órgãos estabelecidos em lei. Vejamos, de forma separada.

5.4.4.1 O síndico

A assembleia condominial deve escolher um síndico, que é o administrador-geral do condomínio, ou seja, o seu *presidente* ou *gerente*. Há, desse modo, um *mandato legal*, atuando o síndico em nome dos demais condôminos. Conforme o art. 1.347 do CC/2002, o síndico poderá não ser condômino, ou seja, admitem-se *síndicos profissionais*. Admite-se, ainda, que o síndico seja um locatário, e não proprietário de unidade. Sobre o tema, entendeu o Tribunal Paulista que haveria impropriedade na exigência imposta em convenção, no sentido de ter o síndico "habilitação técnica" para a administração condominial. O julgamento foi no sentido de tal condição não constar do diploma legal em estudo (TJSP, Apelação com Revisão 567.613.4/8, Acórdão 3561837, Bauru, 7.ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Élcio Trujillo, j. 01.04.2009, *DJESP* 04.05.2009).

O prazo de administração não pode ser superior a dois anos, mas poderá renovar-se, sem qualquer limitação. Eventualmente, a convenção pode dispor ao contrário quanto aos dois aspectos, inclusive quanto ao número de mandatos sucessivos possíveis, respeitado o prazo de dois anos para cada mandato. O atual Projeto de Lei 699/2011 – antigo Projeto de Lei 6.960/2002 – pretende alterar o dispositivo, passando a prever que a renovação somente pode ocorrer uma vez, o que visa a evitar *ditaduras dos síndicos* por longos períodos (ALVES, Jones Figueirêdo; DELGADO, Mário Luiz. *Código*..., 2005, p. 675-676). Filia-se plenamente à proposta, mais consentânea com a democracia e a alternância no poder que se espera da realidade condominial.

Quanto à remuneração do síndico, esta pode estar presente ou não. Geralmente, na prática,

prevalecem as situações de descontos totais ou parciais do pagamento das quotas condominiais. A remuneração ainda pode ser direta em dinheiro, como ocorre nos super-condomínios encontrados em cidades como São Paulo e Rio de Janeiro.

O art. 1.348 do CC/2002 elenca quais são as atribuições do síndico. De início, deve ele convocar a assembleia dos condôminos, seja ela ordinária ou extraordinária (inc. I). A convocação deve se dar com maior publicidade possível. Na prática é comum que as convocações sejam enviadas por correspondência a todos os condôminos, constando, ainda, aviso nas áreas comuns, caso dos elevadores.

O síndico deve representar, ativa e passivamente, o condomínio, praticando, em juízo ou fora dele, os atos necessários à defesa dos interesses comuns (inc. II). Não se pode esquecer que o condomínio edilício tem legitimidade ativa processual, notadamente para as ações de cobrança das quotas condominiais (art. 12, IX, do CPC), devendo estar representado pelo síndico em tais demandas.

Conforme o inciso III do art. 1.348, o síndico deve dar imediato conhecimento à assembleia da existência de procedimento judicial ou administrativo, de interesse do condomínio, caso de eventual penalidade imposta pelo Poder Público. Cite-se, ainda, uma eventual ação de reparação civil proposta por terceiro em face do condomínio.

Deve o síndico cumprir e fazer cumprir a convenção, o regimento interno e as determinações da assembleia, ou seja, os acordos e estatutos coletivos, em prol da função social da propriedade. (art. 1.348, inc. IV, do CC). Nesse contexto, deve diligenciar a conservação e a guarda das partes comuns e zelar pela prestação dos serviços que interessem aos possuidores das unidades, sejam eles proprietários ou não (inc. VI).

O síndico deve elaborar o orçamento da receita e da despesa relativa a cada ano, o que é fundamental para a boa administração do condomínio (inc. VII). Tem o dever de cobrar dos condôminos as suas contribuições, bem como impor e cobrar as multas devidas, o que inclui as penalidades por excesso de barulho e de uso incompatível das partes comuns ou exclusivas (inc. VIII). Deve prestar contas à assembleia, anualmente e quando exigidas (inc. VIII). O desrespeito a esse dever pode ensejar ação de prestação de contas por qualquer condômino, incluindo-se no polo passivo a administradora que auxilia o síndico em sua atuação (TJSP, Apelação 0208597-19.2010.8.26.0100, Acórdão 6673813, São Paulo, 8.ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Salles Rossi, j. 10.04.2013, *DJESP* 30.04.2013). Por fim, conforme antes exposto, o síndico deve realizar o seguro da edificação, o que é obrigatório por força de lei (inc. IX do art. 1.348 do CC).

Poderá a assembleia investir outra pessoa, em lugar do síndico, em poderes de representação (art. 1.348, § 1.º, do CC). É o caso de uma administradora, que pode atuar em nome do condomínio edilício, o que é bem comum nas grandes cidades. Nota-se que a lei prevê, aqui, a possibilidade de atuação somente de uma administradora, sem que o prédio tenha um síndico eleito.

O síndico pode transferir a outrem, total ou parcialmente, os poderes de representação ou as funções administrativas, mediante aprovação da assembleia, salvo disposição em contrário da convenção (art. 1.348, § 2.º, do CC). Trata-se do *subsíndico*, que pode ser tido como o *vice-presidente* do condomínio edilício, atuando geralmente quando o síndico não puder fazê-lo. Aplicam-se ao subsíndico os mesmos preceitos relativos ao síndico, inclusive quanto aos seus deveres e responsabilidades.

Por fim, em casos excepcionais, cabe a destituição do síndico por meio de assembleia, que exige maioria absoluta de seus membros. A destituição cabe se ele praticar irregularidades, não prestar contas ou não administrar convenientemente o condomínio (art. 1.349 do CC/2002). Para ilustrar, da jurisprudência, destaquem-se as hipóteses de confusão patrimonial e desorganização gerencial praticadas pelo administrador (TJDF, Recurso 2008.04.1.011460-3, Acórdão 439.063, 6.ª Turma Cível, Rel. Des. José Divino de Oliveira, *DJDFTE* 20.08.2010, p. 97).

Como bem salientam Gustavo Tepedino, Maria Celina Bodin de Moraes e Heloísa Helena Barboza, existia um velho debate doutrinário sobre a possibilidade de destituição do síndico sem motivo, ou seja, *ad nutum*. Os doutrinadores apontam J. Nascimento Franco como jurista que entende por tal possibilidade; e Caio Mário da Silva Pereira em sentido contrário, concluindo o último que a destituição deve ser motivada em irregularidades (*Código*..., 2011, v. III, p. 713). Como não poderia ser diferente, filia-se à segunda corrente, pois meros caprichos, sem relevância, não podem ser amparados pelo Direito. Ademais, essa última parece ter sido a corrente adotada expressamente pelo art. 1.349 da atual codificação privada, ao mencionar justos motivos para a destituição.

No processo de destituição, deve-se amparar a ampla defesa e o contraditório ao síndico, sob pena de não valer e ser ineficaz a destituição, na prática. Tem-se se exigido a observância das formalidades prescritas e determinadas pela assembleia ou pela convenção, como no caso a seguir: "Assembleia. Destituição de síndico. Imprescindível a observância de intervalo entre a primeira e a segunda convocação. Descumprida tal formalidade, impõe-se a anulação da assembleia. Ação de consignação julgada procedente pelo período de sua propositura até 20.12.2008, data de encerramento de mandato. Recurso provido" (TJSP, Apelação 9282448-15.2008.8.26.0000, Acórdão 6499653, São Paulo, 9.ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Piva Rodrigues, j. 29.01.2013, *DJESP* 26.02.2013).

A destituição do síndico não afasta sua eventual responsabilidade civil ou criminal, de cunho pessoal. Cite-se, ainda, a hipótese do síndico que desvia valores do condomínio e adquire bens próprios, agindo com intuito de enriquecimento ilícito.

5.4.4.2 As assembleias (ordinária e extraordinária). Quoruns *e deliberações*

Duas são as reuniões entre os condôminos tratadas pela legislação, e tidas como fundamentais para a sua organização.

De início há a *assembleia-geral ordinária*, prevista pelo art. 1.350 do CC/2002. Essa será convocada pelo síndico, anualmente e na forma prevista na convenção, a fim de aprovar o orçamento das despesas, as contribuições dos condôminos e a prestação de contas, e, eventualmente, eleger-lhe o substituto e alterar-lhe o regimento interno. Se o síndico não convocar a *assembleia-geral ordinária*, um quarto dos condôminos poderá fazê-lo (art. 1.350, § 1.º, do CC). Se a assembleia não se reunir, o juiz decidirá a respeito da questão, a requerimento de qualquer condômino (art. 1.350, § 2.º, do CC). O último dispositivo está na contramão da tendência atual, que é a de *desjudicialização* dos conflitos civis.

A segunda modalidade é a *assembleia extraordinária*, para tratar de temas relevantes ou urgentes referentes ao condomínio. Essa poderá ser convocada pelo síndico ou por um quarto dos condôminos (art. 1.355 do CC). A assembleia extraordinária poderá, por exemplo, decidir sobre uma obra

emergencial, sobre a destituição do síndico, sobre a violação específica de deveres e a imposição de sanções a condômino, sobre o pagamento de taxa extra, sobre a destinação das áreas comuns, sobre o sorteio das garagens, entre outros assuntos do dia a dia condominial.

A respeito dos temas e da convocação dessa assembleia, decidiu o Superior Tribunal de Justiça que "da convocação para a assembleia-geral extraordinária deve constar a ordem do dia com a clara especificação dos assuntos a serem deliberados, tendo em vista que a sua pauta é variável e deve ser dada a conhecer aos condôminos a fim de que possam se preparar para discuti-la e votá-la ou ainda para que, entendendo irrelevante a matéria, deixem de comparecer. Para a assembleia-geral ordinária, já existe expressa previsão legal acerca de determinadas matérias a serem deliberadas, as quais estão dispensadas de constar da ordem do dia. Quanto às demais matérias, entretanto, o rigor com a divulgação e a clareza é igual ao da assembleia-geral extraordinária" (STJ, REsp 654.496/RJ, Rel. Min. João Otávio de Noronha, 4.ª Turma, j. 05.11.2009, *DJe* 16.11.2009).

A respeito das duas assembleias, devem ser observados alguns preceitos fundamentais sobre os *quoruns* e votações. Na opinião deste autor, esses *quoruns* mínimos que serão abordados encerram normas de ordem pública que não podem ser contrariadas pelos envolvidos, mesmo que conste regra em contrário da convenção. Eventual desrespeito ao *quorum* mínimo gera a nulidade do ato, por ilicitude do objeto e fraude à lei imperativa (art. 166, incs. II e VI, do CC).

De início, depende da aprovação de 2/3 (dois terços) dos votos dos condôminos a alteração da convenção. A mudança da destinação do edifício, ou da unidade imobiliária, depende da aprovação pela unanimidade dos condôminos (art. 1.351 do CC). O dispositivo foi alterado pela Lei 10.931/2004, eis que a redação anterior mencionava 2/3 dos condôminos e não dos votos da assembleia, o que dificilmente seria atingido na prática. Assim, louva-se a modificação legislativa, que deveria atingir outros comandos da codificação, que mencionam fração sobre o total dos condôminos.

Nos termos do art. 1.341 da codificação privada, a realização de obras no condomínio depende: *a)* se voluptuárias, de mero luxo ou recreio, do voto de dois terços dos condôminos (exemplo: construção de uma piscina); *b)* se úteis, de facilitação do seu uso, do voto da maioria dos condôminos (exemplo: melhora do sistema de abertura das garagens).

As obras ou reparações necessárias podem ser realizadas, independentemente de autorização, pelo síndico ou, em caso de omissão ou impedimento deste, por qualquer condômino (art. 1.341, § 1.º, do CC). Podem ser citados a troca dos extintores ou o reparo do elevador. Se as obras ou reparos necessários forem urgentes e importarem em despesas excessivas, determinada sua realização, o síndico ou o condômino que tomou a iniciativa delas dará ciência à assembleia, que deverá ser convocada imediatamente (art. 1.341, § 2.º). Não sendo urgentes, as obras ou reparos necessários, que importarem em despesas excessivas, somente poderão ser efetuadas após autorização da assembleia, especialmente convocada pelo síndico, ou, em caso de omissão ou impedimento deste, por qualquer dos condôminos (§ 3.º). O condômino que realizar obras ou reparos necessários será reembolsado das despesas que efetuar, não tendo direito à restituição das que fizer com obras ou reparos de outra natureza, embora de interesse comum (§ 4.º).

Conforme o art. 1.342 do CC/2002, a realização de obras, em partes comuns, em acréscimo às já existentes, a fim de lhes facilitar ou aumentar a utilização, depende da aprovação de dois terços dos votos dos condôminos. A título de ilustração, cite-se a ampliação do parquinho infantil.

Ainda de acordo com o mesmo dispositivo, não são permitidas construções, nas partes comuns, suscetíveis de prejudicar a utilização, por qualquer dos condôminos, das partes próprias, ou comuns. Aplicando a última previsão, vejamos julgado do Tribunal Paulista, em ação de embargo de obra (ação de nunciação de obra nova):

"Nunciação de obra nova. Condomínio edilício. Obras em partes comuns. Preliminares de carência da ação e cerceamento de defesa afastadas. A deliberação tomada na assembleia-geral extraordinária é nula de pleno direito. Não observação do *quorum* de dois terços dos condôminos, para a disposição de partes comuns (art. 1.342 do CC/02). Nulidade absoluta. Falta de requisito legal para a validade da deliberação (art. 168 do CC/02). É irrelevante se a obra havia ou não sido autorizada verbalmente pelo síndico, que não tem poder de disposição das partes comuns do edifício. Unificação de dois apartamentos contíguos. Durante a obra, o réu se apropriou de parte comum do edifício, para o que não havia sido autorizado pela maioria qualificada de dois terços dos condôminos. Realizou o réu modificações no *hall* de acesso das unidades do andar, desfigurando-o, para o que também não havia sido autorizado. Confirmado o embargo da obra, determinando-se o retorno ao *statu quo ante*. Sentença mantida. Recurso improvido" (TJSP, Apelação 0324563-73.2009.8.26.0000, Acórdão 5600925, São Paulo, 1.ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Paulo Eduardo Razuk, j. 06.12.2011, *DJESP* 23.01.2012).

A construção de outro pavimento ou, no solo comum, de outro edifício, destinado a conter novas unidades imobiliárias, depende da aprovação da unanimidade dos condôminos (art. 1.343 do CC). Mencione-se, a construção de um novo pavimento de garagem. Com razão, aplicando a norma por analogia, entendeu o Tribunal de Minas Gerais que, "Havendo previsão legal expressa no sentido de que a construção de outros pavimentos no edifício depende da aprovação unânime dos condôminos, há de se exigir o mesmo *quorum* para se proceder à retificação das frações ideais das unidades condominiais, como preceitua o art. 1.343, do Cód. Civil" (TJMG, Apelação Cível 1.0024.04.199097-9/001, Belo Horizonte, 6.ª Câmara Cível, Rel. Des. José Domingues Ferreira Esteves, j. 21.06.2005, *DJMG* 05.08.2005).

A respeito das deliberações, salvo quando exigido *quorum* especial, serão tomadas, em primeira convocação, por maioria de votos dos condôminos presentes que representem pelo menos metade das frações ideais (art. 1.352 do CC). Os votos serão proporcionais às frações ideais no solo e nas outras partes comuns pertencentes a cada condômino, salvo disposição diversa da convenção de constituição do condomínio (art. 1.352, parágrafo único, do CC). Assim, a convenção pode estipular que todos os condôminos têm direitos iguais nos votos.

Em segunda convocação, a assembleia poderá deliberar por maioria dos votos dos presentes, salvo quando exigido *quorum* especial (art. 1.353 do CC). Concretizando a norma e servindo de bom exemplo, decidiu-se que, "considerando que a aprovação em assembleia realizada em segunda convocação para a construção da academia prescindia de *quorum* especial, a assinatura da maioria dos condôminos presentes mostrou-se escorreita para a deliberação da obra, em observância ao art. 1353 do Código Civil" (TJDF, Recurso 2010.06.1.013952-9, Acórdão 661.081, 1.ª Turma Cível, Rel.ª Des.ª Simone Lucindo, *DJDFTE* 18.03.2013, p. 209).

A respeito da votação, a assembleia não poderá deliberar se todos os condôminos não forem convocados para a reunião (art. 1.354 do CC). Devem ser utilizados meios idôneos e amplos de informação e publicidade. Na prática, como outrora exposto, é comum o envio de correspondência a todos os condôminos, mediante a assinatura de lista colocada na portaria ou na sede da administração do condomínio. Além disso, devem constar avisos nas áreas comuns do condomínio. O desrespeito ao dever de informação gera a nulidade absoluta do ato da assembleia, servindo como fundamento a fraude à lei imperativa (art. 166, inc. VI, do CC). Assim deduzindo, a título de

exemplo: "Ação de cobrança. Condomínio instituído há mais de 40 anos. Assembleia extraordinária visando a inclusão das lojas no rateio das despesas condominiais. Convocação. Ausência de prova. Nulidade do ato. Inteligência do art. 1.354 do Código Civil. A assembleia não poderá deliberar se todos os condôminos não forem convocados para a reunião" (TJSP, Apelação 0000080-44.2011.8.26.0562, Acórdão 6434877, Santos, 26.ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Renato Sartorelli, j. 19.12.2012, *DJESP* 18.01.2013).

5.4.4.3 O conselho fiscal

Poderá haver no condomínio um conselho fiscal, órgão consultivo financeiro, composto de três membros, eleitos pela assembleia, conforme previsto na convenção (art. 1.356 do CC). Esse conselho não é obrigatório, mas facultativo. O prazo de atuação não pode ser superior a dois anos, de acordo com o mandato do síndico.

Compete ao conselho dar parecer sobre as contas do síndico, aprovando-as ou rejeitando-as. O Tribunal do Distrito Federal concluiu em polêmico julgado que "emerge da interpretação teleológica do artigo 1.356 do Código Civil que, em não sendo obrigatória a instituição do conselho fiscal para examinação das contas do condomínio como pressuposto para a linear gestão da entidade, é prescindível o prévio exame das contas por órgão fiscal constituído para essa finalidade, notadamente quando a convenção condominial não contempla disposição diversa, resultando da regulação legal que a aprovação das contas por assembleia prévia e regularmente convocada, independentemente de prévia oitiva do órgão auxiliar, não padece de vício formal passível de ensejar sua invalidação" (TJDF, Recurso 2009.01.1.195911-3, Acórdão 547.481, 1.ª Turma Cível, Rel. Des. Teófilo Caetano, *DJDFTE* 22.11.2011, p. 116). A *decisio* fica em xeque por tornar inútil a existência do conselho fiscal.

De qualquer modo, como destacam Carlos Alberto Dabus Maluf e Márcio Antero Motta Ramos Marques, citando jurisprudência, as decisões do conselho devem ser submetidas à assembleia, o que é a melhor solução, diante do regime democrático que deve imperar no condomínio edilício (MALUF, Carlos Alberto Dabus; MARQUES, Márcio Antero Motta Ramos. *Condomínio*..., 2009, p. 128).

Por fim, conforme decidiu o Tribunal Paulista, com razão e na contramão do julgado anterior, os membros do conselho fiscal têm o direito de examinar a documentação condominial, "passada e presente, mesmo que as contas tenham sido aprovadas em assembleias, com espeque no artigo 1.356 do Código Civil e cláusula 16.ª da Convenção do Condomínio. Função inerente ao Conselho Fiscal de verificar a regularidade das contas apresentadas pelo réu durante sua gestão no cargo de síndico" (TJSP, Apelação 994.05.075398-9, Acórdão 4669505, São Paulo, 8.ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Salles Rossi, j. 25.08.2010, *DJESP* 13.09.2010).

5.4.5 Da extinção do condomínio edilício

Nos termos do Código Civil de 2002, o condomínio edilício poderá ser extinto em duas hipóteses tão somente, em situações muito raras na prática. Confrontando o instituto com o condomínio voluntário, nota-se que o condomínio edilício tende a ser perpétuo, ao contrário daquela outra

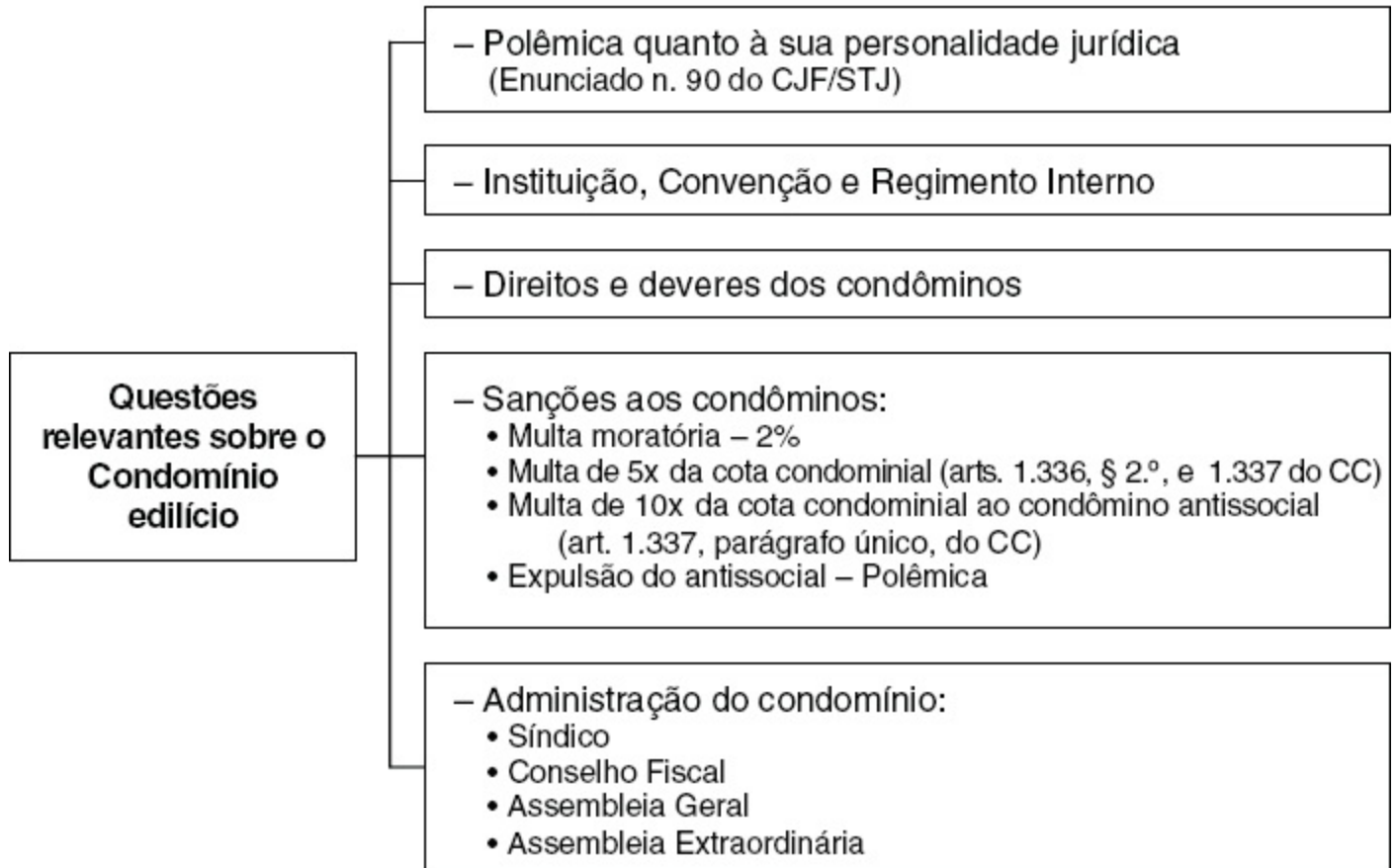
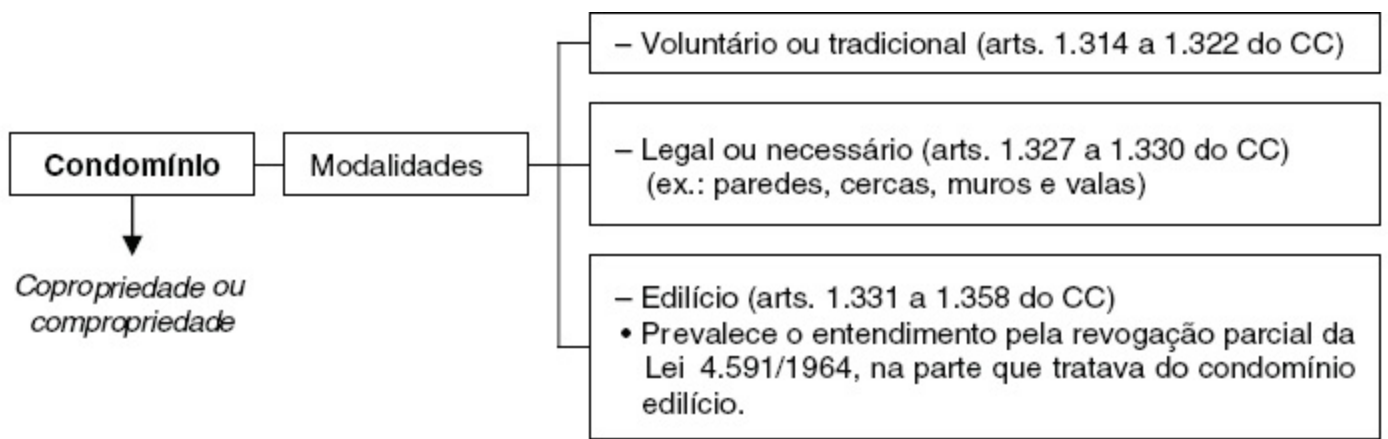
categoria que é indesejável pelos condôminos.

A primeira situação de extinção do condomínio edilício é se a edificação for total ou consideravelmente destruída, ou ameace ruína (art. 1.357 do CC). Em casos tais, os condôminos deliberarão em assembleia sobre a reconstrução ou venda, por votos que representem metade mais uma das frações ideais.

Conforme os parágrafos do comando legal, deliberada a reconstrução, poderá o condômino eximir-se do pagamento das despesas respectivas, alienando os seus direitos a outros condôminos, mediante avaliação judicial da sua quota. Realizada a venda, em que se preferirá, em condições iguais de oferta, o condômino ao estranho, será repartido o apurado entre os condôminos, proporcionalmente ao valor das suas unidades imobiliárias.

Como bem observa Marco Aurélio Bezerra de Melo, o art. 1.357 não pode ser interpretado ao *pé da letra*, sob pena de caracterização do absurdo. Isso porque, "note-se que o prédio encontra-se parcial ou totalmente destruído ou em ameaça de ruína, de modo que o que restou do bem foi a área comum do solo e os materiais. Não mais subsiste economicamente a unidade imobiliária, de modo que o rateio deverá ser proporcional à fração ideal de cada condômino e não ao valor de suas ex-unidades imobiliárias" (*Direito*..., 2007, p. 272). Mais uma vez, tem razão o Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro.

O segundo caso de extinção é o de desapropriação do imóvel. Em casos tais, a indenização será repartida na proporção das quotas dos condôminos, nos termos de diretriz que consta do art. 1.358 da codificação privada. Como salientam Gustavo Tepedino, Maria Celina Bodin de Moraes e Heloísa Helena Barboza, a Lei 4.591/1964 tratava expressamente da desapropriação parcial do imóvel, que ainda é possível, "desde que não seja violado, de forma transversa, o direito de propriedade dos condôminos que continuarem comproprietários. Note-se que, nesse caso, não se aplica o disposto no preceito em comento, eis que a indenização caberia ao titular da unidade desapropriada" (*Código*..., 2011, v. III, p. 720). Em suma, o art. 1.358 da codificação apenas incide para as hipóteses de desapropriação total do imóvel.

RESUMO ESQUEMÁTICO

QUESTÕES CORRELATAS

1. (Juiz de Direito/TJ-DF – 2006) Analise as proposições e assinale a única alternativa correta.

I – Verifica o constituto possessório, modo derivado de aquisição da posse, quando alguém, possuindo um bem na qualidade de proprietário o aliena, mas, por força de cláusula do contrato de venda, continua possuindo-o em nome do adquirente.

II – Não é possível usucapião de direito pessoal, pois, dado que o objeto do direito real é necessariamente coisa determinada, somente os direitos reais se sujeitam a semelhante forma de aquisição da propriedade.

III – Ainda que não estipulado na convenção, o condomínio é obrigado a indenizar danos sofridos por veículo de condômino guardado na garagem do edifício.

(A) apenas uma das proposições é falsa.

(B) apenas uma das proposições é verdadeira.

(C) todas as proposições são verdadeiras.

(D) todas as proposições são falsas.

2. (Juiz de Direito/TJ-GO – 2007) Assinale a resposta certa:

A realização de obras no condomínio edilício depende de:

(A) prévia autorização da assembleia, se as obras forem urgentes.

(B) deliberação da maioria dos condôminos, se as obras forem úteis.

(C) exclusivamente da deliberação do síndico, em qualquer caso.

(D) deliberação de dois terços dos condôminos, se as obras forem úteis.

3. (Juiz de Direito/TJ-SP – 179.º Conc.) Assinale a afirmação incorreta sobre o condomínio edilício.

(A) O terraço da cobertura é parte sujeita à propriedade exclusiva, desde que assim disponha o instrumento de constituição do condomínio.

(B) O condomínio não pode ser instituído por testamento.

(C) Qualquer condômino pode realizar obras ou reparações urgentes e necessárias nas áreas comuns, independentemente de autorização da assembleia, em caso de omissão ou impedimento do síndico, ainda que importem em despesas excessivas.

(D) A assembleia do condomínio poderá investir outra pessoa, em lugar do síndico, em poderes de representação.

4. (Juiz de Direito/TJ-SP – 177.º Conc.) Sobre condomínio geral e edilício, assinale a resposta correta.

(A) No condomínio edilício, os débitos contraídos por este, perante fornecedores e terceiros, consideram-se obrigação solidária, respondendo todos e cada qual dos condôminos pelo pagamento integral, ressalvado o direito regressivo, se a dívida foi ajuizada apenas em face de um ou alguns condôminos.

(B) No condomínio indiviso pode o condômino, em nome próprio, mover ação judicial em defesa da propriedade comum, salvo contra outro condômino, hipótese em que será necessária a presença de todos os demais condôminos no polo ativo, por si ou legalmente representados, em face da posição de igualdade entre todos os coproprietários.

(C) No condomínio edilício, cada condômino tem legitimidade concorrente para, em nome próprio, atuar em Juízo ou extrajudicialmente, contra terceiros, na defesa do condomínio.

(D) No condomínio indiviso, é cabível a ação de usucapião extraordinário de um condômino em face dos demais, quando tem ele a posse integral do imóvel, sem oposição nem contestação, por tempo superior a 20 (vinte) anos.

5. (Ministério Público/SP – 2011) Em um condomínio edilício, Antonio é proprietário e possuidor de uma unidade condominial. Ele proporciona festas em sua unidade, com frequência, além do horário permitido; não trata com urbanidade seus vizinhos e os funcionários do condomínio. Em decorrência de tais circunstâncias, recebeu convocação para Assembleia-Geral a fim de deliberar sobre aplicação de multa por descumprimento de deveres perante o condomínio e comportamento antissocial. A respeito da deliberação da Assembleia em questão, é correto afirmar que deverá ser tomada:

(A) por dois terços dos condôminos restantes, aplicando-se multa de até o sêxtuplo do valor atribuído à contribuição para as despesas condominiais.

(B) por maioria simples dos condôminos, aplicando-se multa de até cem salários mínimos.

(C) por três quartos dos condôminos restantes, aplicando-se multa de até o quíntuplo do valor atribuído à contribuição para as despesas condominiais.

(D) pela unanimidade dos condôminos, limitada ao valor atribuído à contribuição para as despesas condominiais.

(E) por maioria qualificada dos condôminos, limitada ao dobro do valor atribuído à contribuição para as despesas condominiais.

6. (Juiz de Direito TJ/SC – 2009) Sobre condomínio, assinale a alternativa correta:

(A) O condômino pode alienar parte acessória de sua unidade imobiliária a outro condômino, mas jamais a terceiro.

(B) O síndico pode realizar reparos necessários, independentemente de autorização; na sua omissão ou impedimento, qualquer condômino pode fazê-lo.

(C) Os condôminos podem convencionar que fique indivisa a coisa comum por prazo indeterminado.

(D) O condomínio edilício pode ser instituído por escritura pública ou por instrumento particular, mas não por testamento.

(E) A mudança da destinação do edifício ou da unidade imobiliária depende da aprovação de dois terços dos votos dos condôminos.

7. (Juiz de Direito TJ/SP – 181.º) Em relação ao condomínio edilício, assinale a alternativa correta.

(A) O condômino pode dar à sua fração ideal destinação outra que não a destinação do condomínio, por sua condição de proprietário.

(B) O proprietário ou titular de direito à aquisição de unidade poderá fazer obra que modifique a fachada do prédio, na dependência de obtenção de aquiescência de um terço dos votos dos condôminos.

(C) A participação e voto nas deliberações dos condôminos nas assembleias nunca dependem de estarem quites quanto ao pagamento dos encargos a que estão sujeitos.

(D) As despesas originadas pelo condomínio edilício, a serem suportadas pelos condôminos, não devem ser consideradas relações de consumo, não se aplicando, portanto, as regras do Código de Defesa do Consumidor.

8. (AGU – 2009) Considerando a disciplina do direito das coisas no CC, julgue o item a seguir:

A indivisão dos condomínios voluntários pode ser determinada por disposição do doador, do testador ou dos próprios condôminos por prazo não superior a cinco anos, o qual pode ser judicialmente desconsiderado se houver razões graves para tanto.

9. (Procurador do Estado/PA – 2009) Considerando a jurisprudência dos Tribunais Superiores, é INCORRETO afirmar:

(A) O condômino não pode usucapir parte ideal pertencente a outro condômino, ainda que exerça posse exclusiva sobre o imóvel.

(B) A hipoteca firmada entre a construtora e o agente financeiro, anterior ou posterior à celebração da promessa de compra e venda, não tem eficácia perante os adquirentes do imóvel.

(C) No compromisso de compra e venda com cláusula de arrependimento, a devolução do sinal, por quem o deu, ou a sua restituição em dobro, por quem o recebeu, exclui indenização a maior, a título de perdas e danos, salvo os juros moratórios e os encargos do processo.

(D) Nos contratos de locação, é válida a cláusula de renúncia à indenização das benfeitorias e ao direito de retenção.

10. (Procurador/AL – FCC – 2013) Quanto ao condomínio em edificações, é correto afirmar:

(A) A convenção que constitui o condomínio edilício deve ser subscrita pelos titulares de, no mínimo, três quartos das frações ideais, tornando-se obrigatória contra terceiros a partir do Registro no Cartório Imobiliário.

(B) Institui-se o condomínio edilício exclusivamente por ato entre vivos, registrado no Cartório de Registro de Imóveis.

(C) A convenção condominial deve necessariamente ser feita por escritura pública.

(D) O condômino, ou possuidor, que não cumpre reiteradamente com os seus deveres perante o condomínio poderá, por deliberação de três quartos dos condôminos restantes, ser constrangido a pagar multa correspondente até ao quíntuplo do valor atribuído à contribuição para as despesas condominiais, conforme a gravidade das faltas e a reiteração, independentemente das perdas e danos que se apurem.

(E) Não é permitido ao condômino alienar parte acessória de sua unidade imobiliária, seja a outros condôminos, seja a terceiros, pois o acessório vincula-se ao principal.

11. (Juiz de Direito/TJ-SP – 175.º Concurso) Condomínio edilício. Direito intertemporal. Breves considerações sobre a aplicação do novo Código Civil aos condomínios constituídos antes de sua vigência, em especial, das normas dos artigos 1.336, §§ 1.º e 2.º, e 1.337 e seu parágrafo único, diante de convenções precedentes, que disponham de forma diversa ou nada estabeleçam a respeito.

Resposta: Responder com base nos argumentos constantes no item 5.4.3.

GABARITO

1 – A	2 – B
3 – B	4 – D

5 – C	6 – B
7 – D	8 – Certa
9 – A	10 – D

DOS DIREITOS REAIS DE GOZO OU FRUIÇÃO

Sumário: 6.1 Generalidades sobre os direitos reais de gozo e fruição – 6.2 Da superfície: 6.2.1 Conceito, partes e estrutura. Código Civil de 2002 *versus* Estatuto da Cidade; 6.2.2 Regras fundamentais a respeito do direito real de superfície; 6.2.3 Da extinção do direito real de superfície e suas consequências – 6.3 Das servidões: 6.3.1 Conceito, características, constituição e institutos afins; 6.3.2 Principais classificações das servidões; 6.3.3 Do exercício das servidões; 6.3.4 Da extinção da servidão – 6.4 Do usufruto: 6.4.1 Conceito, partes, estrutura interna e figuras afins; 6.4.2 Principais classificações do usufruto; 6.4.3 Regras fundamentais relativas ao usufruto. A questão da inalienabilidade do direito real; 6.4.4 Dos direitos e deveres do usufrutuário; 6.4.5 Da extinção do usufruto – 6.5 Do uso – 6.6 Da habitação – 6.7 Das concessões especiais de uso e para fins de moradia. Novos direitos reais de gozo ou fruição criados pela Lei 11.481/2007 – 6.8 Da enfiteuse. Breves palavras – Resumo esquemático – Questões correlatas – Gabarito.

6.1 GENERALIDADES SOBRE OS DIREITOS REAIS DE GOZO E FRUIÇÃO

Os direitos reais de gozo ou fruição são situações reais em que há a divisão dos atributos relativos à propriedade ou domínio, do GRUD, antes exposto. Como o próprio nome indica, transmitem-se a outrem os atributos de gozar ou fruir a coisa, com maior ou menor amplitude.

Há, portanto, nos institutos que serão abordados situações de propriedade restrita ou limitada, ou, em outras palavras, casos em que o titular do domínio não concentra, em suas únicas mãos, todos os atributos da propriedade descritos no art. 1.228 do Código Civil. Ao contrário da propriedade plena, em que está presente o *ius in re propria* (direito sobre coisa própria), nos direitos reais ora em estudo há o *ius in re aliena* (direito sobre coisa alheia).

Na esteira das clássicas palavras de Rubens Limongi França, "a propriedade ou domínio não constitui uma relação jurídica *una*. Antes, é um *complexo de relações jurídicas* a que correspondem outros tantos direitos subjetivos. Esses direitos subjetivos podem ser descompostos ou desmembrados sendo que, a cada um, corresponde determinado direito real, suscetível de ser adjudicado a outrem, que não o *dominus*" (*Instituições*..., 1999, p. 475). Ou ainda, entre os contemporâneos, como leciona Luciano de Camargo Penteado, tais direitos "visam conferir ao titular da situação jurídica a possibilidade de realizar algum tipo de função utilidade sobre o bem objeto de propriedade de outro sujeito de direito. A partir do momento em que se institui um direito desta natureza, passa a haver, no sistema jurídico, uma relação jurídica entre o proprietário e o seu titular, relação jurídica esta que se denomina de relação jurídica real" (PENTEADO, Luciano de Camargo. *Direito*..., 2008, p. 402).

Como bem leciona Clóvis Beviláqua, os direito reais de gozo e fruição estão submetidos a três regramentos fundamentais: *a)* os direitos reais sobre imóveis constituem-se e transmitem-se, entre vivos, por escritura pública e registro imobiliário; *b)* os direitos reais aderem ao imóvel nas mutações da propriedade; *c)* os direitos reais sobre móveis, quando constituídos ou transmitidos por

ato entre vivos, só se adquirem pela tradição, entrega da coisa (BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das coisas...*, v. I, p. 269-270).

Pois bem, são direitos reais de gozo ou fruição tipificados pelo art. 1.225 do Código Civil de 2002:

a) A superfície (inciso II).
b) As servidões (inciso III).
c) O usufruto (inciso IV).
d) O uso (inciso V).
e) A habitação (inciso VI).
f) A concessão de uso especial para fins de moradia (inciso XI).
g) A concessão de direito real de uso (inciso XII).

Cumpre destacar que os dois últimos direitos reais de gozo e fruição foram incluídos pela Lei 11.481/2007, não encontrando regulamentação no Código Civil, mas em legislação específica que será aqui abordada dentro dos limites de proposta deste livro. Ademais, mesmo tendo sido a enfiteuse banida pela atual codificação – substituída que foi pela superfície –, algumas palavras serão expostas a respeito do instituto.

Vejamos, de forma pontual e detalhada.

6.2 DA SUPERFÍCIE

6.2.1 Conceito, partes e estrutura. Código Civil de 2002 *versus* Estatuto da Cidade

Com origem no Direito Romano, o direito de superfície passou a ser regido pelo Código Civil de 2002 entre os seus arts. 1.369 a 1.377, sendo certo que já havia previsão no Estatuto da Cidade a respeito da categoria (arts. 21 a 24 da Lei 10.257/2001).

Como pontua Marco Aurélio Bezerra de Melo, o tratamento a respeito da categoria no Código Civil de 1916 foi retirado por parecer ociosa a sua criação. De fato, juristas clássicos como Clóvis Beviláqua e Carvalho Santos não viam funcionalidade no instituto, principalmente diante da máxima *superficies solo cedit*, ou seja, a superfície soma-se ao solo, que seria absoluta (MELO, Marco Aurélio Bezerra de. *Direito...*, 2007, p. 281).

Na atual codificação privada, o direito real de superfície surgiu para substituir a enfiteuse, banida pela nova codificação, nos termos do art. 2.038 do CC/2002, comando que ainda será abordado neste capítulo. Quando do surgimento do instituto, nos anos iniciais do Código Civil, apontava-se que a superfície seria bem mais vantajosa do que a enfiteuse, pelas diferenças marcantes entre os institutos. *Primeiro*, porque a superfície pode ser gratuita ou onerosa, enquanto a enfiteuse era sempre onerosa. *Segundo*, pois a superfície é temporária ou não, enquanto a enfiteuse é necessariamente perpétua, o que era uma grande desvantagem, pois a perpetuidade não é mais marca dos novos tempos. *Terceiro*, porque na enfiteuse havia a condenável figura do laudêmio, não presente na superfície.

De todo modo, até a presente data, passados mais de dez anos da vigência do CC/2002, a superfície não teve a concreção que se esperava; inclusive para os fins de regularização de áreas favelizadas, como muitos defendiam e esperavam. Mesmo na doutrina, poucos são os trabalhos

recentes específicos sobre o assunto, destacando-se a obra de Rodrigo Reis Mazzei (*Direito*..., 2013).

A superfície é o instituto real pelo qual o proprietário concede a outrem, por tempo determinado ou indeterminado, gratuita ou onerosamente, o direito de construir ou plantar em seu terreno. Tal direito real de gozo ou fruição recai sempre sobre bens imóveis, mediante escritura pública, devidamente registrada no Cartório de Registro de Imóveis. Essa é a ideia constante do art. 1.369 do CC/2002. A escritura pública somente será necessária para as constituições nos casos de imóveis com valor superior a trinta salários mínimos, nos termos do art. 108 da mesma codificação. Apesar do silêncio da lei, o presente autor segue a corrente que sustenta ser viável a constituição por testamento (MAZZEI, Rodrigo Reis. *Direito*..., 2013, p. 179).

A cessão presente na superfície é bem parecida com a locação imobiliária, pois engloba o uso e o gozo da coisa. Isso, apesar da menção às construções e plantações que, via de regra, não estão presentes no caso da locação. Em reforço, não se olvide que a superfície constitui direito real, com efeitos específicos após o registro no Cartório competente, englobando o gozo da coisa. Ademais, a locação é contrato, com eficácia obrigacional. Eventualmente, podem estar presentes alguns efeitos perante terceiros na locação imobiliária, como é o caso do direito de preferência que surge com o registro do contrato na matrícula do imóvel. Conforme consta do art. 33 da Lei 8.245/1991, o locatário preterido no seu direito de preferência poderá reclamar do alienante as perdas e danos ou, depositando o preço e demais despesas do ato de transferência, haver para si o imóvel locado, se o requerer no prazo de seis meses, a contar do registro do ato no cartório de imóveis. Esse último efeito, aproximado dos institutos reais, somente está presente se o contrato de locação estiver averbado, pelo menos trinta dias antes da alienação, junto à matrícula do imóvel.

Feito tal esclarecimento, constata-se que o direito de superfície é o mais amplo dos direitos reais de gozo ou fruição, em que figuram como partes dois sujeitos. O primeiro deles é o *proprietário*, também denominado *fundieiro*, aquele que cede o uso do bem imóvel a outrem. Na outra ponta da relação jurídica está o *superficiário*, que recebe a coisa para a realização de construções e plantações, tendo os atributos de usar e gozar do bem imóvel.

Como define Ricardo Pereira Lira, grande estudioso do assunto, o direito de superfície é um "direito real autônomo, temporário ou perpétuo, de fazer e manter a construção ou plantação sobre ou sob terreno alheio, é a propriedade – separada do solo – dessa plantação ou construção, bem como é a propriedade decorrente da aquisição feita ao dono do solo de construção ou plantação nele já existente" (LIRA, Ricardo Pereira. *Elementos*..., 1997, p. 9). Ou, ainda, como quer Rodrigo Reis Mazzei: "o direito de superfície pode ser conceituado como direito real complexo e autônomo, de ter temporariamente construção e/ou plantação em imóvel alheio, conferindo ao titular os poderes de uso, gozo e disposição sobre os implantes" (MAZZEI, Rodrigo Reis. *Direito*..., 2013, p. 266).

Observa-se na superfície a divisão de dois patrimônios distintos entre as partes, sobre os quais recaem encargos e ônus autônomos. Nessa linha, o Enunciado n. 321 do CJF/STJ, da *IV Jornada de Direito Civil*, assim dispõe: "Os direitos e obrigações vinculados ao terreno e, bem assim, aqueles vinculados à construção ou à plantação formam patrimônios distintos e autônomos, respondendo cada um dos seus titulares exclusivamente por suas próprias dívidas e obrigações, ressalvadas as fiscais decorrentes do imóvel". Pode-se, dizer, em síntese, que ambos os envolvidos têm os atributos do domínio com limitações pelos direitos da outra parte. O enunciado acima foi proposto por Melhim

Namem Chalhub, outro jurista fluminense que se dedica ao estudo da matéria. Foram as suas justificativas, naquela ocasião:

> "Por efeito da concessão do direito de superfície, a autonomia conferida ao direito de cada um dos contratantes – concedente e concessionário – implica naturalmente a criação de patrimônios separados, igualmente autônomos.
>
> Essa autonomia e a segregação patrimonial daí decorrente são da natureza do direito de superfície e são particularizadas de maneira explícita em alguns dispositivos. São os casos, por exemplo, do art. 1.376 do Código Civil e do § 3.º do art. 21 do Estatuto da Cidade. De acordo com o art. 1.376, em caso de desapropriação a indenização será atribuída ao proprietário e ao superficiário, separadamente, em correspondência com o valor do direito real de cada um deles. O § 3.º do art. 21 do Estatuto da Cidade atribui ao superficiário a responsabilidade pelos encargos e tributos que incidirem sobre a propriedade superficiária, 'arcando, ainda, proporcionalmente à sua parcela de ocupação efetiva, com os encargos e tributos sobre a área objeto da concessão do direito de superfície, salvo disposição em contrário do contrato respectivo'. Embora o Código Civil seja omisso a esse respeito, a doutrina tem entendido que a regra é supletiva, admitindo-se que as partes os distribuam entre si, respondendo o concedente pelos que incidem sobre o solo e o concessionário pelos que incidem sobre a construção, tendo sido a matéria, também, objeto de Enunciado (n.º 93) da *I Jornada de Direito Civil*.
>
> A segregação foi também explicitada no Enunciado n.º 249 da *III Jornada de Direito Civil*, que reconhece autonomia do solo e da propriedade superficiária para constituição de direitos reais de gozo e de garantia.
>
> De fato, o princípio da separação patrimonial é essencial para que o direito de superfície cumpra sua função econômica e social. Com efeito, uma das principais motivações do dono de um terreno, ao conceder a superfície, é tirar proveito do imóvel sem ter que desembolsar e, bem assim, sem ter que responder pela execução da construção e pela exploração do negócio inerente à construção ou à plantação. De outra parte, não se justifica, em princípio, que o concessionário se responsabilize pelos ônus inerentes ao terreno, salvo se a exploração do negócio comportar e tal responsabilização for previamente negociada entre as partes.
>
> Em suma, a responsabilidade patrimonial do proprietário e do superficiário é condicionada pela autonomia dos seus respectivos direitos de propriedade, daí porque permanecem segregados os direitos, inclusive creditórios, e as obrigações dos patrimônios dos quais façam parte o terreno e a construção. Em consequência, o terreno não responde pelo passivo do superficiário, vinculado à construção, do mesmo modo que a construção, ou a plantação, não responde pelo passivo do proprietário do terreno, permanecendo os direitos e obrigações de cada uma das partes, inerentes à concessão da superfície, blindados em relação aos da outra parte. Limita-se, assim, a responsabilidade do superficiário às obrigações, encargos e tributos vinculados exclusivamente à edificação e aos negócios nela explorados e a responsabilidade do proprietário aos encargos, tributos e obrigações vinculados ao terreno, sendo incomunicáveis os patrimônios assim formados".

As justificativas são pertinentes, por explicarem muito bem a estrutura superficiária, estando o presente autor filiado aos ensinamentos transcritos.

A encerrar este tópico, é preciso definir se o Código Civil de 2002, ao tratar do instituto, revogou ou não as regras constantes do Estatuto da Cidade. Segundo a corrente seguida nesta obra, a resposta é negativa, estando mantidos os dois institutos nas leis separadas, de acordo com suas delimitações. Nesse sentido, o Enunciado n. 93 CJF/STJ, da *I Jornada de Direito Civil* (2002): "As normas previstas no Código Civil sobre o direito de superfície não revogam as normas relativas a direito de superfície constantes do Estatuto da Cidade (Lei 10.257/2001), por ser instrumento de política de desenvolvimento urbano".

Como determina o art. 1.377 do CC/2002, o direito de superfície, constituído por pessoa jurídica de direito público interno, rege-se pela codificação privada, no que não for diversamente disciplinado por lei especial. Desse modo, para a superfície assim instituída, deverá ser aplicado o Estatuto da Cidade (arts. 21 a 24 da Lei 10.257/2001) no caso de imóveis urbanos. Isso, sem prejuízo de outros preceitos, relacionados ao Direito Agrário, no caso de imóveis em que há a atividade agrária, caso da Lei 4.504/1964 (Estatuto da Terra), da Lei 4.947/1966 (Lei do INCRA – Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária) e da Lei 8.629/1993 (Lei da Reforma Agrária). Existem julgados que concluem pela incidência, ainda, da Lei de Licitações (Lei 8.666/1993), nos caso de concessões de superfície de bens públicos (TJMA, Recurso 0000809-

08.2005.8.10.0051, Acórdão 122236/2012, 4.ª Câmara Cível, Rel. Des. Paulo Sérgio Velten Pereira, j. 13.11.2012, *DJEMA* 23.11.2012).

Nota-se que há claras diferenças entre a superfície do CC/2002 e a do Estatuto da Cidade. De início, o instituto da superfície constante do Código Civil pode envolver tanto um imóvel urbano quanto um rural. Já a superfície do Estatuto da Cidade, obviamente, somente envolve imóveis urbanos.

Como segunda diferença, o direito de superfície da codificação geral privada está relacionado a uma exploração do imóvel mais restrita, envolvendo construções ou plantações (art. 1.369, *caput*). A superfície da lei específica é relativa a qualquer tipo de exploração dentro do contexto da política urbana (art. 21, § 1.º).

A terceira diferença é relativa à utilização do imóvel. No Código Civil, em regra, não há autorização para a utilização do subsolo e do espaço aéreo, apesar da divergência que será exposta no presente capítulo (art. 1.369, parágrafo único). O Estatuto da Cidade é expresso no que concerne à utilização do subsolo e do espaço aéreo (art. 21, § 1.º).

A quarta diferença está relacionada ao prazo. A superfície do Código Civil é por prazo determinado (art. 1.369). A categoria do Estatuto da Cidade é por prazo determinado ou não (art. 21, *caput*). Cabe ao intérprete visualizar o quadro abaixo, para o devido preenchimento categórico, a partir das diferenças.

Direito de superfície do CC/2002	Direito de Superfície do Estatuto da Cidade
Imóvel urbano ou rural.	Imóvel urbano.
Exploração mais restrita: construções e plantações.	Exploração mais ampla: qualquer utilização de acordo com a política urbana.
Em regra, não há autorização para utilização do subsolo e do espaço aéreo.	Em regra, é possível utilizar o subsolo ou o espaço aéreo.
Cessão somente por prazo determinado.	Cessão por prazo determinado ou indeterminado.

Em resumo, deve-se buscar, primeiro, o enquadramento na categoria tratada pela lei especial. Não sendo isso possível – como no caso de imóveis rurais –, aplica-se o Código Civil de 2002, que tem caráter residual.

Para afastar a revogação das regras do Estatuto da Cidade sobre o instituto, defendida por alguns juristas, caso de Pablo Stolze Gagliano (GAGLIANO, Pablo Stolze. *Código*..., 2004, v. XIII, p. 25), invoca-se o art. 2.043 do CC/2002, pelo qual "Até que por outra forma se disciplinem, continuam em vigor as disposições de natureza processual, administrativa ou penal, constantes de leis cujos preceitos de natureza civil hajam sido incorporados a este Código". Ora, os comandos do Estatuto da Cidade têm natureza administrativa, o que justifica a sua manutenção.

Em reforço, uma norma especial anterior, como o Estatuto da Cidade, deve prevalecer sobre uma norma geral posterior, como o CC/2002, eis que o critério da especialidade é mais forte que o

cronológico. Como bem pondera Sílvio de Salvo Venosa, "Esse estatuto entrou em vigor antes do Código Civil. Ambos os ordenamentos devem ser harmonizados, não só porque o Estatuto da Cidade é um microssistema, como também por ser uma lei complementar à Constituição" (VENOSA, Sílvio de Salvo. *Código*..., 2010, p. 1.236).

Em suma, as duas formas de superfície coexistem no sistema privado nacional, até porque, como se verá, algumas regras são comuns a ambos os casos.

6.2.2 Regras fundamentais a respeito do direito real de superfície

Analisada a estrutura do direito real em estudo, vejamos suas regras fundamentais, tendo como parâmetros o Código Civil de 2002 e o Estatuto da Cidade.

De início, nos termos do parágrafo único do art. 1.369 do CC/2002, o direito de superfície não autoriza a realização de obras no subsolo, salvo se tal utilização for inerente à concessão. Como visto, a regra do Estatuto da Cidade dispõe o contrário, prescrevendo o seu art. 21, § 1.º, que o direito de superfície abrange o direito de utilizar o solo, o subsolo ou o espaço aéreo relativo ao terreno, na forma estabelecida no contrato respectivo, atendida a legislação urbanística.

Sobre a previsão constante da codificação e os limites da superfície, comentam Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald que sobre a superfície "excepcionalmente se viabilizará no subsolo ou no espaço aéreo. No subsolo, o direito de superfície precisa ultrapassar dois óbices: não podem existir recursos minerais, caso em que a União adquire a propriedade (art. 20, IX, da CF/1988); a utilização do espaço seja fundamental para o empreendimento (*v.g.*, construção de *shopping*, com necessidade de garagem no subterrâneo), na forma do parágrafo único do art. 1.369 do Código Civil. Quanto ao espaço aéreo, a previsão é expressa no art. 21, § 1.º, da Lei 10.257/2001, sendo uma de suas aplicações práticas a aquisição por condomínios da superfície do terreno vizinho, com o fim de impedir qualquer edificação no imóvel contíguo acima de limites que inviabilizem o sossego, privacidade e, mesmo, o campo visual das superfícies" (FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direitos*..., 2006, p. 406).

Apesar da clareza do dispositivo do Código Civil, alguns estudiosos entendem que mesmo a superfície submetida a essa norma deve abranger o uso do solo e do subsolo. Nesse sentido, o Enunciado n. 568, aprovado quando da *VI Jornada de Direito Civil* (2013), *in verbis*: "O direito de superfície abrange o direito de utilizar o solo, o subsolo ou o espaço aéreo relativo ao terreno, na forma estabelecida no contrato, admitindo-se o direito de sobrelevação, atendida a legislação urbanística". Assim, entendeu-se que é possível afastar, por força do contrato, a norma do parágrafo único do art. 1.369 do CC, considerada como preceito de ordem privada. Ademais, amparou-se doutrinariamente o *direito de sobrelevação*, conhecido como *direito de laje*, situação muito comum em áreas favelizadas. Com isso, criou-se a *superfície de segundo grau*, verdadeiro direito real, que não está tratado no rol do art. 1.225 do CC. A hipótese parece ser de criação de direito real por exercício da autonomia privada, o que representa um grande avanço quanto ao tema. A justificativa do enunciado expressa que "a norma estabelecida no Código Civil e no Estatuto da Cidade deve ser interpretada de modo a conferir máxima eficácia ao direito de superfície, que constitui importante instrumento de aproveitamento da propriedade imobiliária".

Ainda sobre os limites da instituição da superfície, prevê o Enunciado n. 249 do CJF/STJ, da *III*

Jornada de Direito Civil (2004), que “A propriedade superficiária pode ser autonomamente objeto de direitos reais de gozo e de garantia, cujo prazo não exceda a duração da concessão da superfície, não se lhe aplicando o art. 1.474”. Ilustrando, é possível hipotecar o direito do superficiário pelo prazo de vigência do direito real. O enunciado doutrinário foi aprovado em momento anterior à alteração do art. 1.473 do CC/2002 pela Lei 11.481/2007, que introduziu expressamente a possibilidade de hipoteca sobre a propriedade superficiária (inc. X).

Pelo mesmo raciocínio, é perfeitamente possível adquirir por usucapião o direito à superfície, se houver interesse do usucapiente, assim como ocorre com outros direitos reais de gozo, caso das servidões. Esse, aliás, parece ser o entendimento majoritário da doutrina, que deve ser seguido, apesar de resistências (nesse sentido, pela usucapião, DINIZ, Maria Helena. *Curso*..., 2009, v. 4, p. 476-477; ALVES, Jones Figueirêdo; DELGADO, Mário Luiz. *Código*..., 2005, p. 696; FIGUEIRA JR., Joel Dias. *Código*..., 2008, p. 1.472; MELO, Marco Aurélio Bezerra de. *Direito*..., 2007. p. 290; BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. *Manual*..., 2005, v. 3, p. 118; GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito*..., 2010, v. 5, p. 447).

Seguindo essa corrente, Rodrigo Reis Mazzei aponta duas distintas situações tratadas pela doutrina relacionadas à usucapião de superfície e que parecem ter sido tratadas pelo Código Civil de 2002. A primeira delas diz respeito à existência prévia da superfície, a gerar a usucapião. A segunda tem relação com as hipóteses de não existir a concessão superficiária formalizada, passando alguém a adotar a postura de superficiário (MAZZEI, Rodrigo Reis. *Direito*..., 2013, p. 178).

Em sentido contrário, o entendimento de Gustavo Tepedino, Maria Celina Bodin de Moraes e Heloísa Helena Barboza, para quem “não seria possível usucapir, na prática, o domínio sobre a construção ou plantação desvinculado do domínio da propriedade” (*Código*..., 2011, v. III, p. 756).

Ainda em sede doutrinária, conforme o Enunciado n. 250 do Conselho da Justiça Federal, admite-se a *constituição do direito de superfície por cisão*. Conforme aponta a doutrina contemporânea, a hipótese está presente quando o proprietário aliena por superfície plantação ou construção já existente no terreno (FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direitos*..., 2006, p. 404; MELO, Marco Aurélio Bezerra de. *Direito*..., 2007. p. 292). Para este autor, não haveria qualquer óbice para tal instituição. Como ensina Rodrigo Reis Mazzei, existem duas modalidades básicas de concessão por cisão:

a) *Cisão ordinária* – o objeto da concessão não inclui obrigação do superficiário em fazer qualquer melhoramento na construção ou plantação, ou seja, no implante.

b) *Cisão qualificada* – conforme pactuação dos envolvidos, acordo entre as partes, o superficiário tem o dever de fazer melhoramentos no implante, na plantação ou construção (MAZZEI, Rodrigo Reis. *Direito*..., 2013, p. 333).

Como restou claro, a superfície, seja tratada pelo Código Civil ou pelo Estatuto da Cidade, pode ser gratuita ou onerosa (art. 1.370 do CC e art. 21, § 2.º, da Lei 10.257/2001). Nos termos do dispositivo do Código Civil, se a superfície for concedida onerosamente, as partes poderão convencionar se o pagamento da remuneração será feito de uma só vez ou de forma parcelada. A remuneração presente na superfície onerosa é denominada *solarium* ou *cânon superficiário*, tendo o primeiro termo origem romana, como bem apontam Maria Helena Diniz (*Código*..., 2010, p. 953) e Caio Mário da Silva Pereira (*Instituições*..., 2012, v. IV, p. 210). A expressão *cânon* é similar à enfiteuse, diante da aproximação entre os institutos, eis que em ambos há uma cessão de coisa para o

uso, apesar das diferenças antes apontadas.

No caso do pagamento parcelado da remuneração, parece ter razão o entendimento que aponta pela necessidade, em regra, de indicação do *preço global* da concessão, o que está em sintonia com a eticidade, um dos fundamentos do Código Civil de 2002 (MAZZEI, Rodrigo Reis. *Direito*..., 2013, p. 184). Eventualmente, caso tal fixação não seja possível, é possível a estipulação de um *preço estimativo*, "até porque, dento da pretensão de usar o direito de superfície como vetor facilitador para atingir a função social da propriedade, não vemos óbice em que o preço (ou parte do mesmo) seja pago através de participação do proprietário nos frutos (naturais ou civis) que o superficiário colha a partir da implantação do direito de superfície" (MAZZEI, Rodrigo Reis. *Direito*..., 2013, p. 184).

O superficiário deve zelar pelo imóvel como se fosse seu, respondendo pelos encargos e tributos que incidem sobre o bem (art. 1.371 do CC). Em sentido próximo, estabelece o art. 21, § 3.º, do Estatuto da Cidade que "O superficiário responderá integralmente pelos encargos e tributos que incidirem sobre a propriedade superficiária, arcando, ainda, proporcionalmente à sua parcela de ocupação efetiva, com os encargos e tributos sobre a área objeto da concessão do direito de superfície, salvo disposição em contrário do contrato respectivo".

Ensina Pablo Stolze Gagliano que a previsão do Código Civil onera por demais o superficiário, que acabará arcando com os encargos e tributos relativos a todo o imóvel, inclusive das áreas que não foram ocupadas, o que constituiria um absurdo jurídico (GAGLIANO, Pablo Stolze. *Código*..., 2004, v. XIII, p. 32). Por tal razão, consta proposta de alteração do dispositivo da codificação pelo Projeto de Lei 699/2011, que passaria a ter a seguinte redação: "O superficiário responderá integralmente pelos encargos e tributos que incidirem sobre a propriedade superficiária, arcando, ainda, proporcionalmente, à sua parcela de ocupação efetiva, com os encargos e tributos sobre a área objeto da concessão do direito de superfície, salvo estipulação em contrário". Como se nota, a proposta visa a equalizar o tratamento da matéria, trazendo a mesma regra já prevista na Lei 10.257/2001, o que viria em boa hora.

Com o fim de abrandar a atual redação do comando do Código Civil, há possibilidade de divisão das despesas pelo teor do Enunciado n. 94 do CJF/STJ, da *I Jornada de Direito Civil*: "As partes têm plena liberdade para deliberar, no contrato respectivo, sobre o rateio dos encargos e tributos que incidirão sobre a área objeto da concessão do direito de superfície". Entendeu-se que a norma relativa ao tema é de ordem privada e não de ordem pública, podendo ser contrariada pelas partes, na linha do que consagra o Estatuto da Cidade.

De acordo com ambos os textos legais, pode haver transferência da superfície a terceiros, bem como sua transmissão aos herdeiros do superficiário, com falecimento deste (art. 1.372 do CC e art. 21, §§ 4.º e 5.º, do Estatuto da Cidade). Em suma, permite-se a transmissão da superfície por ato *inter vivos* ou evento *mortis causa*, o que demonstra que o instituto não é personalíssimo (*intuitu personae*), ao contrário do que ocorre com o usufruto.

Aliás, esse é um ponto distintivo existente entre as duas categorias. O dispositivo do Código Civil citado (art. 1.372, parágrafo único) não permite a estipulação de pagamento de qualquer quantia pela transferência, como ocorria com o laudêmio, na enfiteuse. No caso da categoria tratada pelo Estatuto da Cidade, não há tal proibição, pelo menos expressamente. De toda sorte, vale citar a posição contundente de Rodrigo Mazzei, para quem não é possível a cobrança de valor referente à

transmissão também na superfície regida pelo Estatuto da Cidade, o que parece ser correto (MAZZEI, Rodrigo Reis. *Direito*..., 2013, p. 186). A cobrança de percentuais sobre valores de transmissão não está em sintonia com a atual principiologia do Direito Privado, notadamente com a boa-fé e a função social.

A encerrar as regras fundamentais a respeito do instituto, se ocorrer a alienação do imóvel ou do direito de superfície, o superficiário ou o proprietário terão, reciprocamente, direito de preferência em igualdade de condições com terceiros (art. 1.373 do CC e art. 22 do Estatuto da Cidade). Observa-se nos comandos uma *preempção ou prelação legal em mão dupla*, que atinge tanto o fundieiro quanto o superficiário. Porém, o grande problema do dispositivo é que ele não trata da consequência caso tal direito de preferência não seja respeitado. Três correntes doutrinárias podem ser apontadas a respeito do tema:

Para uma *primeira corrente*, o fundieiro ou superficiário preterido somente pode pleitear perdas e danos da outra parte, o que é aplicação da cláusula de preferência da compra e venda (arts. 513 a 520 do CC/2002). Subsume-se o art. 518 do CC, pelo qual: "Responderá por perdas e danos o comprador, se alienar a coisa sem ter dado ao vendedor ciência do preço e das vantagens que por ele lhe oferecem. Responderá solidariamente o adquirente, se tiver procedido de má-fé". A essa corrente estão filiados Pablo Stolze Gagliano (*Código*..., 2004, v. XIII, p. 42), Sílvio de Salvo Venosa (*Código*..., 2010, p. 1.238), Jones Figueirêdo Alves e Mário Luiz Delgado (*Código*..., 2005, p. 697).

Para uma *segunda vertente doutrinária*, deve-se aplicar, por analogia, o art. 33 da Lei de Locação (Lei 8.245/1991), cabendo alienação da coisa mediante o depósito do preço ou perdas e danos. Essa corrente é liderada por Maria Helena Diniz (*Código*..., 2010, p. 954) e Marco Aurélio Bezerra de Melo (*Direito*..., 2007. p. 294).

Por fim, para *a terceira e última corrente doutrinária*, aplica-se o art. 504 do CC/2002, que trata do direito de preferência ou prelação legal a favor do condômino no condomínio de coisa indivisível. A aplicação por analogia está fundada na proximidade real entre os institutos, o que não ocorre nos caminhos percorridos pelas correntes anteriores. O prazo decadencial para a ação de adjudicação da coisa é de 180 dias, a contar da ciência da alienação realizada ao terceiro. Filia-se a essa corrente, conforme constava das edições anteriores desta obra. Do mesmo modo entendem Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (*Direitos*..., 2006, p. 408), Rodrigo Reis Mazzei (*Direito*..., 2013, p. 190), Gustavo Tepedino, Maria Celina Bodin de Moraes e Heloísa Helena Barboza (*Código*..., 2011, v. III, p. 961).

Também compartilhando desse modo de pensar, vejamos enunciado aprovado na *V Jornada de Direito Civil*, evento promovido pelo Conselho da Justiça Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça em 2011: "Ao superficiário que não foi previamente notificado pelo proprietário para exercer o direito de preferência previsto no art. 1.373 do CC, é assegurado o direito de, no prazo de seis meses, contado do registro da alienação, adjudicar para si o bem mediante depósito do preço" (Enunciado n. 510). A única ressalva a fazer ao enunciado é que ele deveria mencionar o prazo de 180 dias, e não seis meses.

Encerrada a análise dessa controvérsia doutrinária, que em breve deverá ser analisada pela jurisprudência, parte-se à abordagem da extinção da superfície.

6.2.3 Da extinção do direito real de superfície e suas consequências

Tanto o Código Civil de 2002 quanto o Estatuto da Cidade estabelecem hipóteses legais comuns de extinção do direito real que ora se estuda.

A primeira hipótese de extinção da superfície ocorre com o advento do termo final, o que é expresso no art. 23, inc. I, do Estatuto da Cidade é implícito ao art. 1.374 da codificação privada. Assim, vencido o prazo estipulado pelas partes, o negócio jurídico celebrado é reputado extinto automaticamente, sem a necessidade de notificação do superficiário. Caso a coisa não seja devolvida, o fundieiro proprietário poderá ingressar com a ação de reintegração de posse em face do superficiário, demanda que sempre é cabível nos casos de superfície.

A superfície pode extinguir-se antes do termo final se o superficiário der ao terreno destinação diversa daquela para a qual lhe foi concedida (art. 1.374 do CC/2002 e art. 24, § 1.º, da Lei 10.257/2001). As regras tratam do inadimplemento do negócio superficiário, quando a parte desrespeita a lógica do ato de constituição, dando ao bem uma finalidade que não foi prevista pelas partes. Ilustrando, as partes fixaram que o imóvel deveria ser utilizado para plantações e o superficiário realiza construções, violando aquilo que foi pactuado.

Vale dizer que, com tom mais genérico, o Estatuto da Cidade preceitua que a categoria será extinta pelo descumprimento das obrigações contratuais assumidas pelo superficiário (art. 23, inc. II). O Projeto de Lei 699/2011 – antigo PL 6.960/2002 – pretende introduzir regra semelhante no Código Civil, a fim de unificar o tratamento da matéria, o que viria em boa hora.

Apesar de a lei mencionar a existência de *obrigações contratuais*, cabe esclarecer que a superfície não é um contrato, mas um direito real. Assim, tecnicamente, seria melhor que o Estatuto da Cidade utilizasse o termo *deveres negociais*. De toda forma, apesar da expressão, deve-se entender que a superfície será extinta pela resolução, ou seja, pelo inadimplemento do que está estabelecido entre as partes. Além da destinação diversa dada à coisa, imagine-se um caso em que o fundieiro estipula uma proibição de determinada cultura no imóvel, o que motiva a extinção do negócio caso seja desrespeitada a cláusula correspondente. Ou, ainda, cite-se o não pagamento do *solarium* ou cânon por parte do superficiário, o que igualmente representa a violação de um dever decorrente do negócio jurídico em questão.

A superfície fixada por prazo indeterminado, nos termos do Estatuto da Cidade, também pode ser extinta pela resilição, aplicando-se, por analogia, a regra do art. 473 do Código Civil. A aplicação da analogia se dá diante do fato de não ser a superfície um contrato, estando a regra relacionada a esse último instituto jurídico. Sendo dessa forma, caberá denúncia por qualquer uma das partes, desde que notificada a outra parte, de forma judicial ou extrajudicial. Não se olvide que, tendo sido realizados investimentos consideráveis no negócio jurídico superficiário, a resilição poderá ser postergada, de acordo com a natureza e o vulto dos investimentos (art. 473, parágrafo único, do CC). Concretizando, imagine-se que, em vigor uma superfície regida pelo Estatuto da Cidade e por prazo indeterminado, o fundieiro notifica o superficiário a devolver o imóvel. Cabe ao último, diante de investimentos vultosos feitos nas construções, manter-se no imóvel por mais alguns anos, devendo o prazo ser fixado pelo juiz da causa de acordo com a expressão do que foi investido. A última regra tem caráter ético indiscutível, mantendo relação direta com a boa-fé objetiva, a conservação do negócio jurídico e a função social da posse.

A extinção da superfície também pode decorrer do *distrato* entre as partes e da *consolidação*, fusão, na mesma pessoa, das qualidades de fundieiro e superficiário (DINIZ, Maria Helena. *Curso*..., 2009, v. 4, p. 481). No caso de distrato, deve ser observada, por analogia, a regra do art. 472 do CC, segundo o qual o distrato exige a mesma forma do contrato. Assim, se a superfície foi constituída por escritura pública – por envolver imóvel com valor superior a trinta salários mínimos (art. 108 do CC) –, o distrato superficiário também deve ser feito por escritura. Já a consolidação está relacionada a casos em que o superficiário adquire a propriedade do fundieiro; ou o fundieiro adquire o direito real do superficiário.

Maria Helena Diniz menciona a extinção da superfície pela renúncia do superficiário, o que parece ser outra hipótese de resilição unilateral (DINIZ, Maria Helena. *Curso*..., 2009, v. 4, p. 482). De fato, se a propriedade pode ser renunciada, a conclusão deve ser a mesma quanto ao mero direito de superfície. Outras três hipóteses mencionadas pela jurista, e que devem ser consideradas, são: *a)* pelo perecimento do terreno gravado; *b)* pelo não uso do direito de construir ou de plantar dentro do prazo acordado; *c)* pelo falecimento do superficiário, sem deixar ele herdeiros (DINIZ, Maria Helena. *Curso*..., 2009, v. 4, p. 482). De fato, as hipóteses tratadas pelo Código Civil não são exaustivas, existindo outros casos de extinção, como bem destaca Rodrigo Mazzei (*Direito*..., 2013, p. 191).

A última situação de extinção da superfície a ser exposta se dá com a desapropriação do terreno sobre o qual recaiu o direito real de gozo ou fruição. Determina o art. 1.376 do CC/2002 que, em casos tais, a indenização cabe ao proprietário e ao superficiário no valor correspondente ao direito de cada um. A norma apresenta mais uma lacuna, ao não estabelecer como deve ser a divisão da indenização. Tentando preencher o conteúdo da regra, foi aprovado o Enunciado n. 322 CJF/STJ, na *IV Jornada de Direito Civil*, prevendo que “O momento da desapropriação e as condições da concessão superficiária serão considerados para fins da divisão do montante indenizatório (art. 1.376), constituindo-se litisconsórcio passivo necessário simples entre proprietário e superficiário”. Em suma, devem ser levados em conta, por exemplo, os seguintes montantes: valor real do terreno, valor pago a título de *solarium*, plantações e construções realizadas no bem, valores dos investimentos realizados pelo superficiário para a concretização destas construções e plantações; bem como as despesas que tiveram as partes para a concretização do negócio.

Com a extinção da superfície, o proprietário passa a ter a propriedade plena sobre o terreno; o que inclui a construção, ou a plantação, as acessões e as benfeitorias, independentemente de indenização, se as partes não estipularem o contrário (art. 1.375 do CC e art. 24, *caput*, do Estatuto da Cidade). Tal situação é denominada pela doutrina como *reversão*, “isto é, a cessão da suspensão do princípio *superficie solo cedit* e não só a recuperação da base do imóvel que deu sustentação ao implante, mas também a absorção no patrimônio do proprietário do material que foi introduzido pelo superficiário, independentemente de indenização, caso esta não tenha sido prevista na concessão” (MAZZEI, Rodrigo Reis. *Direito*..., 2013, p. 196).

Os comandos são específicos e inerentes à própria natureza da categoria, afastando as normas gerais aplicáveis ao possuidor de boa-fé, como é o caso do superficiário. Consigne-se que a grande vantagem da superfície para o proprietário ou fundieiro é justamente a de adquirir todos os acessórios que recaem sobre o bem, sem que exista qualquer dever de indenizar ou compensar o superficiário.

Como ocorre com a sua constituição, diante do princípio da publicidade registral, a extinção da superfície deverá ser registrada no Cartório de Registro de Imóveis. Norma nesse sentido consta do art. 24, § 2.º, do Estatuto da Cidade, sendo idêntica a conclusão quanto à superfície regida pelo Código Civil de 2002.

6.3 DAS SERVIDÕES

6.3.1 Conceito, características, constituição e institutos afins

Iniciando o estudo da categoria, esclareça-se que o Código Civil Brasileiro de 2002 utiliza o termo *servidões* (arts. 1.379 a 1.389) em vez de *servidões prediais*, que constava da codificação anterior (arts. 695 a 712). Entre os clássicos, como se extrai da obra de Washington de Barros Monteiro, atualizada por Carlos Alberto Dabus Maluf, a codificação anterior utilizava a locução *prediais* para distingui-las das *servidões pessoais* (usufruto, uso e habitação). Como a expressão constituía "resíduo inócuo da terminologia tradicional" acabou por ser retirada (MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso*..., 2003, v. 3, p. 276). Ademais, o termo *servidões prediais* acaba por ser pleonástico, uma vez que a servidão, por razões óbvias, somente pode recair sobre imóveis ou prédios.

Por meio desse instituto real, um prédio proporciona utilidade a outro, gravando o último, que é do domínio de outra pessoa. Em suma, a servidão reapresenta um *tapete de concessão* em benefício de outro proprietário, simbologia que *serve como luva* para representar a servidão de passagem, sua situação mais comum.

Esclareça-se, contudo, que a servidão é altamente flexível e plurimórfica, podendo assumir outras formas no mundo prático. Vale transcrever, pela perfeição didática, o conceito de servidão de Rubens Limongi França, ainda utilizando o termo predial, constante do CC/1916: "Servidão predial é o desmembramento da propriedade imposto a certo imóvel (prédio serviente) em benefício de outro (prédio dominante), de tal forma que o titular do primeiro perde, em favor do titular do segundo, o uso, o gozo e a disponibilidade de uma parte dos seus direitos, o que pode consistir em ficar obrigado aquela a tolerar que este se utilize do imóvel serviente para determinado fim" (LIMONGI FRANÇA, Rubens. *Instituições*..., 1999, p. 484).

Nos termos do art. 1.378 do CC, "a servidão proporciona utilidade para o prédio dominante, e grava o prédio serviente, que pertence a diver-so dono, e constitui-se mediante declaração expressa dos proprietários, ou por testamento, e subsequente registro no Cartório de Registro de Imóveis". Anote-se que há proposta de alteração do dispositivo, por meio do atual PL 699/2011 – antigo PL 6.960/2002, de autoria do Deputado Ricardo Fiúza –, que passaria a ter a seguinte redação: "Art. 1.378. A servidão proporciona utilidade para o prédio dominante, e grava o prédio serviente, que pertence a diverso dono, podendo ser constituída: I – por contrato oneroso ou gratuito; II – por testamento; III – por usucapião; IV – por destinação do proprietário, na forma prevista no art. 1.379. § 1.º Os modos previstos nos incisos III e IV se aplicam exclusivamente às servidões aparentes. § 2.º Os títulos constitutivos das servidões de que tratam os incisos I e II, como também as sentenças que declarem, em ação própria, as servidões de que cuidam os incisos III e IV, serão obrigatoriamente registrados na matrícula do prédio serviente, no cartório de Registro de Imóveis. § 3.º As servidões

não aparentes só podem ser constituídas por um dos modos previstos nos incisos I e II deste artigo e subsequente registro no cartório de Registro de Imóveis, na forma do parágrafo antecedente".

Explicam Jones Figueirêdo Alves e Mário Delgado que a proposição visa a tornar mais claras as hipóteses em que se adquire a servidão, incluindo a aquisição por destinação do proprietário, que ainda será aqui analisada (*Código*..., 2005, p. 700). Pelo seu claro intuito didático e metodológico, a proposta conta com o apoio do presente autor.

Pois bem, nos termos da definição doutrinária exposta, os prédios envolvidos na servidão são assim denominados: *a) prédio dominante* – aquele que tem a servidão a seu favor; *b) prédio serviente* – imóvel que serve o outro, em detrimento do seu domínio. Como se pode perceber, nas servidões os qualificativos se referem aos prédios, e não às partes, como ocorre nos demais direitos reais de gozo.

A servidão, direito real peculiar que é, apresenta algumas características bem delineadas pela doutrina (TEPEDINO, Gustavo; MORAES, Maria Celina Bodin de; BARBOZA, Heloísa Helena. *Código*..., 2011, v. III, p. 769-770), a saber:

a) *Predialidade* – como exposto, só se admitem servidões sobre prédios, ou seja, sobre bens imóveis corpóreos, excluindo-se os bens móveis e imateriais.

b) *Acessoriedade* – as servidões não podem existir sozinhas, havendo necessidade de um prédio sobre o qual recaem.

c) *Ambulatoriedade* – a servidão acompanha o prédio no caso de sua transmissão.

d) *Indivisibilidade* – a servidão não se adquire nem se perde por partes, como regra, sendo indivisível (*servitutes dividi no possunt*). A regra, prevista pelo art. 1.386 do CC, comporta exceção, como se verá.

e) *Perpetuidade* – no sentido de não se poder estabelecer uma servidão por tempo determinado. Ressalte-se que a presente característica não afasta a possibilidade de extinção da servidão.

Em complemento a essas características, são expostos alguns princípios para o instituto, que remontam ao Direito Romano. Rubens Limongi França aponta os seguintes (*Instituições*..., 1999, p. 486):

– *Nulli res sua servit* – não existe servidão sobre a própria coisa de alguém.

– *Servitus in faciendo consistere nequit* – a servidão não sujeita a pessoa, mas a coisa.

– *Servitus servitutis non potest* – não se admite a sub-servidão, a servidão da servidão ou *servidão de segundo grau*.

– *Praedia debent esse vicina* – em princípio, os prédios relativos à servidão devem ser vizinhos, havendo uma relação jurídica de interferência entre eles. Relembre-se, na linha do exposto no Capítulo 4 desta obra, que prédios vizinhos não são necessariamente contíguos.

– *Servitutum numerus no est clausus* – não há que se falar de enquadramento da servidão em relação taxativa, diante das várias formas que a figura pode assumir no plano concreto.

Não se olvide, além de tudo isso, que a servidão não se presume, outra característica fundamental, podendo ter as mais variadas origens de constituição.

De início, a servidão pode decorrer de negócio jurídico *inter vivos* ou *mortis causa*, nos termos do citado art. 1.378 do Código Civil. Em suma, institui-se o direito real por contrato ou testamento, devidamente registrado no Cartório de Registro de Imóveis. Deve ficar claro que o termo *contrato* deve ser entendido como *instrumento* e não como categoria. Como já restou evidenciado, a servidão não é contrato, mas direito real.

A servidão pode também decorrer de usucapião, apesar de ser rara a sua hipótese. Estabelece o *caput* do art. 1.379 do Código Civil que o exercício incontestado e contínuo de uma servidão aparente, por dez anos, nos termos do art. 1.242, autoriza o interessado a registrá-la em seu nome no Registro de Imóveis, valendo-lhe como título a sentença que julgar consumada a usucapião (*usucapião ordinária de servidão*).

Porém, nos termos do seu parágrafo único, se o possuidor não tiver título, o prazo da usucapião será de vinte anos (*usucapião extraordinária de servidão*). Como se pode notar, o CC/2002 consagra um prazo de vinte anos para a usucapião extraordinária de servidão, superior ao maior prazo previsto para a usucapião extraordinária, qual seja, o prazo de quinze anos da modalidade extraordinária (art. 1.238, *caput*, do CC).

Diante desse contrassenso legal, também para a servidão, parte da doutrina entende pela aplicação do prazo máximo de quinze anos. Nesse sentido, contando com o apoio deste autor, o Enunciado n. 251 CJF/STJ, da *III Jornada de Direito Civil* (2004): "O prazo máximo para o usucapião extraordinário de servidões deve ser de 15 anos, em conformidade com o sistema geral de usucapião previsto no Código Civil". O enunciado doutrinário é seguido, dentre outros, por Francisco Loureiro, Pablo Stolze Gagliano, Gustavo Tepedino, Maria Celina Bodin de Moraes e Heloísa Helena Barboza, nas obras aqui citadas. Aliás, o Professor Tepedino é um dos autores da proposta que gerou o enunciado doutrinário, ao lado de Eduardo Kraemer e Daniela Trejos Vargas. Merecem destaques as justificativas do segundo proponente, no seguinte sentido: "É surpreendente o art. 1.379, parágrafo único, do CC, eis que o mesmo estabelece o prazo de 20 anos para a consumação da usucapião extraordinária. O prazo não apresenta qualquer logicidade com o restante das usucapiões previstas no Código Civil, especialmente àquela prevista no art. 1.238, *caput*, do CC. A aquisição da propriedade exige apenas 15 anos, não é razoável que a aquisição de um direito de menor amplitude tenha que aguardar 15 anos. A proposta busca um tratamento simétrico para questões semelhantes. É razoável que o dispositivo seja interpretado sistematicamente objetivando que a aquisição da propriedade e das servidões tenha prazo idêntico – 15 anos".

De toda sorte, no plano prático, fica difícil contrapor o texto legal, como bem exposto por Lucas Abreu Barroso (O prazo..., *A realização*..., 2011). Alguns poucos acórdãos podem ser encontrados, aplicando o prazo de vinte anos, sem qualquer ressalva (por todos: TJRS, Apelação Cível 250039-27.2011.8.21.7000, Guaporé, 18.ª Câmara Cível, Rel. Des. Pedro Celso Dal Pra, j. 30.06.2011, *DJERS* 06.07.2011 e TJMS, Apelação Cível em Procedimento Especial 2010.012621-9/0000-00, Angélica, 3.ª Turma Cível, Rel. Des. Rubens Bergonzi Bossay, *DJEMS* 01.06.2010, p. 48).

Melhor seria, para afastar definitivamente a polêmica, que o prazo fosse reduzido por reforma legislativa, o que consta do antigo Projeto Ricardo Fiúza (atual PL 699/2011). A proposição visa a introduzir a menção à usucapião no art. 1.378 do CC, sem qualquer expressão de prazo. Assim, os lapsos temporais seriam os mesmos da propriedade, uniformizando o tratamento da matéria. Na verdade, na situação atual, se o prazo de usucapião da propriedade é maior, fica em xeque a utilidade da usucapião somente da servidão.

No plano concreto, podem ser encontrados julgados bem interessantes a respeito da usucapião de servidão. De início, vejamos ementa do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

"Apelação cível. Servidões. Ação confessória de servidão aparente com pedido liminar de reintegração de posse. Requisitos

preenchidos para fins de registro da servidão com base na usucapião. Presença de justo título. Artigo 1.379, *caput*, do Código Civil. Procedência do pedido. I. As servidões aparentes são aquelas que se revelam por obras ou sinais exteriores, demonstrando que alguém concedeu visibilidade à propriedade. Por sua ostensividade, revelam sua abrangência e deferem ações possessórias para a sua tutela, assim como a exterioridade eventualmente propiciará a usucapião. E isso porque o uso prolongado de uma servidão sem oposição faz presumir a inércia do proprietário vizinho, ao passo que o registro da sentença produzirá a necessária publicidade. II. Comprovado, no caso concreto, o preenchimento dos requisitos previstos no *caput* do artigo 1.379 do Código Civil, ou seja, exercício incontestado e contínuo, com justo título (*in casu*, promessa de compra e venda), de uma servidão aparente, por no mínimo dez anos. Posse do autor que, somada com a posse dos antecessores, quase alcançava vinte anos por ocasião da audiência de instrução, conforme relato de testemunhas. Assim, mostra-se procedente o pedido de registro da servidão, bem assim a proteção possessória almejada, forte na Súmula n. 415 do Supremo Tribunal Federal. Afastamento das condenações impostas ao autor a título de construção de cerca e pagamento dos custos da demolição da cerca anterior. Sucumbência invertida. Recurso provido à unanimidade" (TJRS, Apelação Cível 473891-62.2012.8.21.7000, Garibaldi, 17.ª Câmara Cível, Rel.ª Des.ª Liege Puricelli Pires, j. 13.12.2012, *DJERS* 28.01.2013).

Nota-se no aresto, mais uma vez, a utilização do compromisso de compra e venda como justo título, a ensejar o preenchimento dos requisitos da usucapião ordinária de servidão.

Por outra via, a jurisprudência tem sido rígida e criteriosa quanto ao preenchimento dos requisitos da usucapião da servidão. A título de exemplo:

"Possessória. Servidão de passagem. Imóvel rural. Pretensão à abertura de novo caminho entre a propriedade dos suplicantes e antiga servidão de passagem reconhecida pelos apelados. Existência de outro caminho para chegar à citada servidão. Tentativa de utilizar atalho para mera comodidade. Não caracterização de obstáculo ao reconhecimento de servidão. Servidão deve proporcionar utilidade para o prédio dominante (art. 1.378, CC/02). Hipótese, todavia, em que uso da passagem foi iniciado há menos de dez anos e não é aparente. Requisitos do art. 1.379 do CC/02 ausentes. Interdito proibitório procedente. Apelação improvida" (TJSP, Apelação 991.07.004339-9, Acórdão 4553380, Cunha, 19.ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Ricardo Negrão, j. 25.05.2010, *DJESP* 13.07.2010).

"Usucapião. Servidão. Art. 1.379 do Código Civil. Posse que deve apresentar todos os requisitos da usucapião, especialmente a exclusividade e o ânimo de dono, o que não tem a exercida pelo autor em conjunto com os confrontantes. Improcedência acertada. Recurso improvido" (TJSP, Apelação 592.796.4/0, Acórdão 3393124, Porto Ferreira, 4.ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Maia da Cunha, j. 11.12.2008, *DJESP* 23.01.2009).

Com razão, tem-se entendido pela possibilidade de alegação da usucapião de servidão como matéria de defesa. Com destaque, colaciona-se *decisio* do Tribunal de Minas Gerais, que faz menção expressa ao prazo de vinte anos, sem qualquer ressalva mais uma vez. A conclusão final é pelo não preenchimento dos requisitos da usucapião, pois cabe ao usucapiente comprovar os requisitos previstos em lei:

"Civil. Processual civil. Apelação cível. Interdito proibitório. Servidão de passagem. Usucapião. Requisitos. Ausência de comprovação. A usucapião pode ser arguida como matéria de defesa na ação possessória, nos termos do enunciado n.º 237 da Súmula do STF. Conforme o art. 1.379 do Código Civil, exige-se exercício incontestado e contínuo de uma servidão aparente pelo prazo decenal, caso haja justo título ou no prazo vintenário caso o possuidor não tiver título. Incumbe aos interessados, em cujo favor se opera a prescrição aquisitiva, a prova de existência dos pressupostos exigidos pela Lei, como lhes impõe a regra de distribuição do ônus da prova prevista no art. 333 do CPC. Apelo improvido" (TJMG, Apelação Cível 1.0261.07.046868-9/0011, Formiga, 13.ª Câmara Cível, Rel. Des. Barros Levenhagen, j. 21.08.2008, *DJEMG* 08.09.2008).

Além da constituição da servidão por usucapião, é possível que o direito real derive da destinação do proprietário. Como consta da clássica obra de Washington de Barros Monteiro, tal hipótese se afigura quando "o proprietário, em caráter permanente (*perpetui usus causa*), reserva determinada serventia, de prédio seu, em favor de outro. Se, futuramente, os dois imóveis passam a pertencer a proprietários diversos, a serventia vem a constituir servidão" (MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso*..., 2003, v. 3, p. 282). Trata-se, assim, de uma instituição que decorre de ato unilateral, citada,

também, por Clóvis Beviláqua (BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das coisas*..., v. I, p. 297). A falta de menção dessa modalidade de aquisição parece justificar a alteração do art. 1.378 do CC, na linha do que consta do Projeto 699/2011.

Por fim, é possível que a servidão decorra de sentença judicial, prolatada em *ação confessória*, demanda que visa a declarar a prevalência ou não do direito real. O termo *confessória* tem origem romana, na máxima *confessoria ei qui servitutem sibi competere contendit*. Como se extrai do clássico Conselheiro Lafayette, a ação confessória é cabível quando estão presentes *duas ordens de lesões* à servidão. A *primeira ordem* é relativa à lesão que suprime totalmente o exercício, como quando o possuidor do prédio gravado impede a tirada de água. A *segunda ordem* está relacionada a simples perturbações do direito, como na hipótese de o dono do prédio serviente viciar a fonte de água (PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direito*..., 1943, v. I, p. 442). Da recente jurisprudência, vejamos dois julgados que envolvem a citada demanda:

"Ação confessória. Servidão de passagem. Obstrução. Prova dos autos que confirma a passagem contínua e permanente há anos, conforme depoimentos das testemunhas. A servidão encontra-se devidamente registrada no ofício imobiliário. Sentença mantida. Apelo desprovido. Unânime" (TJRS, Apelação Cível 575852-17.2010.8.21.7000, Pelotas, 20.ª Câmara Cível, Rel. Des. Rubem Duarte, j. 27.04.2011, *DJERS* 06.05.2011).

"Agravo. Tutela antecipada. Ação confessória. Pretensão de restabelecer o fornecimento de água, via servidão de aqueduto. Ausência dos requisitos necessários à concessão. Carência de provas a corroborar a alegação do agravante. Recurso não provido" (TJSP, Agravo de Instrumento 990.10.390473-7, Acórdão 4817822, São Pedro, 13.ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Heraldo de Oliveira, j. 10.11.2010, *DJESP* 09.12.2010).

Não se olvide que, além da ação confessória, aquela que reconhece o direito à servidão, é cabível a *ação negatória de servidão*, por parte do proprietário do pretenso imóvel serviente, que quer afastar o direito alheio. Em ambas as demandas, a causa deve ser analisada sempre tendo como pano de fundo a função social da propriedade e da posse, sendo esses os nortes orientadores do magistrado ao reconhecer ou não o direito à servidão.

A encerrar o presente tópico, cumpre confrontar a servidão com institutos afins. Inicialmente, repise-se que a servidão não se confunde com a passagem forçada. A servidão é facultativa, não sendo obrigatório o pagamento de uma indenização. A passagem forçada é compulsória, assim como é o pagamento da indenização. A servidão é direito real de gozo ou fruição. A passagem forçada é instituto de direito de vizinhança, presente somente na situação em que o imóvel encravado não tem saída para a via pública (art. 1.285 do CC/2002). A servidão envolve os imóveis dominante e serviente; na passagem forçada estão presentes o imóvel encravado e o serviente. Na servidão cabe a citada ação confessória; na passagem forçada, para a defesa do direito, a ação cabível é denominada ação de passagem forçada.

Em reforço, pode-se dizer que a passagem forçada constitui uma servidão legal e obrigatória; ao contrário da servidão propriamente dita, que é convencional. Concluindo desse modo, da jurisprudência superior, em acórdão que envolve ainda o abuso de direito:

"Direito civil. Servidões legais e convencionais. Distinção. Abuso de direito. Configuração. – Há de se distinguir as servidões prediais legais das convencionais. As primeiras correspondem aos direitos de vizinhança, tendo como fonte direta a própria lei, incidindo independentemente da vontade das partes. Nascem em função da localização dos prédios, para possibilitar a exploração integral do imóvel dominante ou evitar o surgimento de conflitos entre os respectivos proprietários. As servidões convencionais, por sua vez, não estão previstas em lei, decorrendo do consentimento das partes. – Na espécie, é incontroverso que, após o surgimento de conflito sobre a

construção de muro lindeiro, as partes celebraram acordo, homologado judicialmente, por meio do qual foram fixadas condições a serem respeitadas pelos recorridos para preservação da vista da paisagem a partir do terreno dos recorrentes. Não obstante inexista informação nos autos acerca do registro da transação na matrícula do imóvel, essa composição equipara-se a uma servidão convencional, representando, no mínimo, obrigação a ser respeitada pelos signatários do acordo e seus herdeiros. – Nosso ordenamento coíbe o abuso de direito, ou seja, o desvio no exercício do direito, de modo a causar dano a outrem, nos termos do art. 187 do CC/02. Assim, considerando a obrigação assumida, de preservação da vista da paisagem a partir do terreno dos recorrentes, verifica-se que os recorridos exerceram de forma abusiva o seu direito ao plantio de árvores, descumprindo, ainda que indiretamente, o acordo firmado, na medida em que, por via transversa, sujeitaram os recorrentes aos mesmos transtornos causados pelo antigo muro de alvenaria, o qual foi substituído por verdadeiro 'muro verde', que, como antes, impede a vista panorâmica. Recurso especial conhecido e provido" (STJ, REsp 935.474/RJ, Rel. Min. Ari Pargendler, Rel. p/ Acórdão Min. Nancy Andrighi, 3.ª Turma, j. 19.08.2008, *DJe* 16.09.2008).

Aliás, apesar de alguns doutrinadores classificarem as servidões, quanto à origem, em legais e convencionais, o presente autor entende que é melhor não seguir tal divisão. Isso porque as servidões legais não são propriamente servidões, mas institutos forçados relativos ao direito de vizinhança, nos termos dos arts. 1.285 e 1.286 da codificação privada.

A servidão também não se confunde com os *atos de tolerância* e com as *simples faculdades*, como bem esclarece Orlando Gomes (*Direitos reais*..., 2004, p. 321). Segundo o jurista, os atos de tolerância são precários e a sua repetição não enseja a servidão, podendo ser proibidos a qualquer tempo. Nesse sentido, da jurisprudência superior: "Civil e processual. Servidão de passagem. Imóveis pertencentes a uma mesma proprietária. Não configuração do ônus. CC, art. 695. Mera tolerância da titular dos imóveis. Recurso especial. Prova. Reexame. Impossibilidade. Dissídio jurisprudencial não configurado. (...). Firmado pelo acórdão, na interpretação da prova, que não se configurou a servidão, mas mera tolerância da antiga proprietária dos imóveis, o reexame da questão recai no óbice da Súmula n. 7 do STJ. Caso, ademais, em que os imóveis pertenciam à mesma dona, de sorte que os pressupostos do art. 695 do Código Civil não se acham configurados" (STJ, REsp 117.308/MG, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, 4.ª Turma, j. 29.08.2000, *DJ* 09.10.2000, p. 150). Quanto às simples faculdades, estas não ensejam a posse, ao contrário do que ocorre com as servidões.

A servidão que ora se aborda igualmente difere da *servidão administrativa*. Como bem leciona Marco Aurélio Bezerra de Melo, a diferença entre as categorias decorre do fato de a servidão do Direito Civil consistir em um gravame real de um prédio sobre o outro, retirando o proprietário do imóvel dominante a utilidade para o seu bem do imóvel serviente. Na servidão administrativa, instituto de Direito Público, a afetação se dá no interesse do serviço público, e não do particular (MELO, Marco Aurélio Bezerra. *Direito*..., 2007, p. 313).

Por fim, a *servidão* não se confunde com a *serventia*, pois a última constitui qualquer restrição instituída sobre um imóvel, como exercício do direito de propriedade sobre outro bem, do mesmo dono. Em regra, a serventia não cria a servidão, pois a última envolve imóveis de proprietários distintos. A título de exemplo, imagine-se que alguém é proprietário de duas casas lindeiras e, por uma delas, constitui uma passagem a fim de dar mais funcionalidade à atividade do outro imóvel. Caso um dos imóveis seja vendido a terceiro, há que se falar em servidão predial.

Existe proposta de alteração do art. 1.379 do Código Civil, a fim de esclarecer as diferenças entre os dois institutos. Por força do Projeto Ricardo Fiúza, atual PL 699/2011, e na linha do exemplo exposto, o comando passaria a ter a seguinte redação: "Se, em um dos imóveis do mesmo proprietário, houver sinal exterior que revele serventia de um em favor do outro em caráter permanente, a serventia assumirá a natureza de servidão no momento em que os imóveis passarem a

ter donos diversos, salvo declaração em contrário no título de transferência do domínio do imóvel alienado primeiramente. § 1.º Aplicar-se-á o disposto neste artigo quando dois imóveis pertencentes a donos diversos resultarem de desmembramento de um imóvel único do mesmo proprietário anterior, que neste estabelecera serventia visível, por meio da qual uma de suas partes prestava determinada utilidade à outra, em caráter permanente, salvo declaração em contrário no título de transferência da parte que primeiramente for alienada. § 2.º Não se aplicará o disposto neste artigo quando a utilidade prestada pela serventia consistir numa necessidade cujo atendimento pode ser exigido por meio de um direito decorrente da vizinhança predial, caso em que o exercício de tal direito não obrigará o seu titular ao pagamento de nenhuma indenização pela utilização da serventia”.

6.3.2 Principais classificações das servidões

Desde a doutrina clássica até a contemporânea, praticamente todos os civilistas discorrem sobre a classificação das servidões, tema que tem consequências práticas relevantes, como se verá (sobre o tema: BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das coisas*..., v. I, p. 300-305; LIMONGI FRANÇA, Rubens. *Instituições*..., 1999, p. 485; DINIZ, Maria Helena. *Curso*..., 2009, v. 4, p. 412-415; GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito*..., 2010, v. 5, p. 457-459; MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso*..., 2003, v. 3, p. 279-281). Vejamos, de forma pontual.

I) Classificação quanto à natureza dos prédios envolvidos:

a) *Servidão rústica* – em casos de prédios localizados fora de área urbana, ou seja, em terreno rural. Exemplos: servidão para tirar água, para condução de gado, de pastagem, para tirar areia ou pedras.
b) *Servidão urbana* – se o imóvel estiver localizado em área urbana. Exemplos: servidão para escoar água da chuva, para não impedir a entrada de luz, para passagem de som, para usufruir de vista ou de janela.

Deve ficar claro que a doutrina civilista leva em conta a localização do imóvel e não a sua destinação, ao contrário do que é concebido pelo Direito Agrário. Em suma, o critério é o mesmo previsto para os fins de usucapião.

Entre os clássicos, Washington de Barros Monteiro elenca uma série de servidões rústicas e urbanas que devem ser consideradas, inclusive diante de sua importante origem romana. Ensina o jurista que “São servidões urbanas: *tigni immittendi* (meter trava na parede do vizinho), *oneris ferendi* (direito de apoiar sua construção no edifício do vizinho), *stillicidii vel fluminis recipiendi* (direito de fazer com que as águas pluviais vertam para o vizinho, gota a gota, ou mediante calhas), *luminis* (direito de abrir janelas na própria parede, ou na do vizinho, para obter luz), *ne luminibus officiatur* (obrigação do dono do prédio serviente em não criar obstáculo à entrada de luz no prédio dominante), *prospectu* (direito de gozar de vista, ou da janela ou do terraço de sua casa), *ne prospectui officiatur* (obrigação do proprietário do prédio serviente de não perturbar a perspectiva desfrutada pelo dominante), *altius non tollendi* (não edificar além de certa altura), *fumini immittendi* (lançar fumo) e *jus proiciendi* (avançar cano ou sacada na propriedade vizinha). As servidões rústicas ou rurais são as seguintes: *aquae haustus* (tomada d’água), *aquaeductus* (de aqueduto), *iter, actus, via* (trânsito), *servitus pascendi* (de pastagem), *pecoris ad aquam ad pulsus* (condução do gado ao poço vizinho), *calcis coquendae* (cozer cal), *cretae lapidis eximendae* (extrair pedra), *arenae fodiendae* (tirar areia) e *silvae caedendae* (caçar na propriedade alheia). O número de umas

e de outras era ilimitado” (MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso*..., 2003, v. 3, p. 279-280). O elenco demonstra quão flexível é o direito real de gozo e fruição que ora é abordado.

II) Classificação quanto às condutas das partes:

a) *Servidão positiva* – exercida por ato positivo ou comissivo por parte do proprietário do prédio dominante. Exemplo: servidão de passagem ou trânsito.

b) *Servidão negativa* – decorre de ato omissivo ou abstenção do prédio serviente. Exemplo: servidão de não construir edificação no terreno.

Explica José de Oliveira Ascensão que a classificação acima é incompleta e insatisfatória. Assim, os alemães desenvolveram a ideia de *servidão desvinculativa*, “aquela em que o sujeito activo fica *liberto de uma restrição legal*, que condicionaria o exercício do direito real no próprio prédio, em benefício de prédio alheio. Nestes casos, o titular ora serviente perde o direito de exigir a abstenção daquela forma de exercício ao titular do prédio vizinho” (ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil*..., 2000, p. 497). O jurista cita o exemplo de uma servidão de não trabalhar com materiais nocivos, que apresentam riscos. E arremata: “Se o titular pactua com os vizinhos uma modificação em termos reais dessa situação que lhe permite exercer essas actividades, teremos a terceira modalidade”.

III) Classificação quanto ao modo de exercício:

a) *Servidão contínua* – aquela que é exercida independentemente de ato humano. Exemplos: servidão de passagem de som, de imagem, de energia, de luz. Ressalte-se que a doutrina clássica sempre citou, aqui, o exemplo da passagem de água. Porém, como visto e em regra, o regime da passagem de cabos e tubulações passou a se enquadrar no regime de passagem forçada, pelo que consta do art. 1.286 do Código Civil de 2002.

b) *Servidão descontínua* – depende da atuação humana de forma sequencial, com intervalos. Exemplos: servidão de passagem ou trânsito de pessoas, servidão para tirar água de terreno alheio, servidão de pastagem.

IV) Classificação quanto à forma de exteriorização:

a) *Servidão aparente* – está evidenciada no plano real e concreto, havendo sinal exterior (*visível a olho nu*). Exemplos: servidão de passagem ou trânsito, servidão de imagem, servidão de vista (através da janela).

b) *Servidão não aparente* – aquela que não se revela no plano exterior, não perceptível a olho nu. Exemplos: servidão de não construir, servidão de não passar por determinada via, servidão de não abrir janela e a *servidão de caminho*, que consiste em transitar pelo prédio alheio, sem que haja marca visível (DINIZ, Maria Helena. *Curso*..., 2009, v. 4, p. 415).

Em relação às duas últimas classificações, há relevante interação, que admite as mais diversas composições. Sendo assim, tanto a servidão aparente quanto a não aparente podem ser contínuas ou descontínuas. Vejamos os exemplos a seguir:

– Servidão aparente contínua – servidão de passagem de som, como os vãos em muros que podem ser percebidos na chegada da cidade de São Paulo, pela rodovia dos Bandeirantes.
– Servidão aparente descontínua – servidão de trânsito de pessoas, um dos casos mais corriqueiros de servidão.
– Servidão não aparente contínua – servidão de energia solar, sem qualquer obra aparente.
– Servidão não aparente descontínua – servidão de não construir.

Questão de grande relevo diz respeito à Súmula 415 do Supremo Tribunal Federal, segundo a qual "Servidão de trânsito, não titulada, mas tornada permanente pela natureza das obras, considera-se aparente, conferindo direito à proteção possessória". Em suma, somente a servidão aparente propicia a proteção possessória, o que não alcança a servidão não aparente, como regra. Lembre-se que a ideia foi adotada pelo art. 1.213 do CC/2002, segundo o qual "O disposto nos artigos antecedentes não se aplica às servidões não aparentes, salvo quando os respectivos títulos provierem do possuidor do prédio serviente, ou daqueles de quem este o houve".

Como bem salientam Gustavo Tepedino, Maria Celina Bodin de Moraes e Heloísa Helena Barboza, não é da nossa tradição jurídica admitir a tutela possessória em casos de servidão, especialmente a ação de reintegração de posse. Tal conclusão está baseada na antiga lição de Savigny, no sentido de ser a servidão uma *quase posse (Código*..., 2011, v. III, p. 779). Contudo, ao presente autor parece que tal posição não foi totalmente adotada pela atual codificação, que admite implicitamente a tutela possessória das servidões aparentes e, excepcionalmente, também das não aparentes.

6.3.3 Do exercício das servidões

O atual Código Civil elenca regras a respeito do exercício das servidões, o que, implicitamente, representa preceitos relativos a deveres dos proprietários dos imóveis dominante e serviente.

Para começar, dispõe o art. 1.380 do CC/2002 que o dono de uma servidão – proprietário do imóvel dominante – pode fazer todas as obras necessárias à sua conservação e uso (*admincula servitutis*). Caso o dono do imóvel serviente impeça a realização de tais obras necessárias, são cabíveis medidas para forçar a aplicação do comando. Ilustrando, "a criação de obstáculos ao ingresso na propriedade serviente para adoção de medidas de conservação, conforme prevê o art. 1.380 do CC/2002, diante de erosão do solo a ameaçar torres de energia elétrica, configura esbulho possessório, autorizando a concessão da reintegração de posse de interesse" (TJSP, Apelação 9117594-38.2007.8.26.0000, Acórdão 5513897, Paraguaçu Paulista, 24.ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Nelson Jorge Júnior, j. 27.10.2011, *DJESP* 09.11.2011).

Igualmente, tem-se concluído pela possibilidade de ação de manutenção de posse, desde que a servidão seja aparente, no caso de desrespeito à regra em comento. Nessa linha, estando demonstrada "a presença dos requisitos art. 927 do CPC, é possível o deferimento da liminar de manutenção de posse no caso de existência de servidão de passagem. A servidão não é ato de mera tolerância ou cortesia por parte do prédio serviente, pois consiste em direito real sobre coisa alheia e não se presume, devendo, portanto, ser interpretada restritivamente. A teor do disposto no art. 1.380 do Código Civil, o dono de uma servidão poderá realizar todas as obras necessárias à sua conservação e uso, não podendo o proprietário do prédio serviente impedi-la ou embaraçá-la" (TJMG, Agravo de Instrumento 1.0284.08.009213-3/0021, Guarani, 10.ª Câmara Cível, Rel.ª Des.ª Electra Benevides, j. 15.12.2009, *DJEMG* 15.01.2010). Além das duas demandas, resta ainda o caminho da ação de obrigação de fazer e não fazer (TJSP, Agravo de Instrumento 7298398-5, Acórdão 3368364, Rio Claro, 14.ª Câmara de Direito Privado, Rel.ª Des.ª Ligia Cristina de Araújo Bisogni, j. 05.11.2008, *DJESP* 16.12.2008).

Estabelece o mesmo art. 1.380 do Código Civil que, se a servidão pertencer a mais de um prédio

(denominada *servidão conjunta*), serão as despesas rateadas entre os respectivos donos, em regra, de forma igualitária e proporcional. A divisão igualitária e proporcional das despesas remonta ao *concursu partes fiunt* do Direito das Obrigações, constante do art. 257 do Código Civil.

Em regra, as obras mencionadas pelo art. 1.380 da codificação devem ser feitas pelo dono do prédio dominante, se o contrário não dispuser expressamente o título da servidão (art. 1.381 do CC). Com razão, segundo Maria Helena Diniz, a norma está fundada na constatação pela qual é o dono do prédio dominante que se beneficia do ônus real (DINIZ, Maria Helena. *Código*..., 2010, p. 959). Em síntese, aquele que tem o benefício deve ter o ônus (*ubi emolumentum, ibi onus*). Conforme bem concluiu o Tribunal Mineiro, "impõe-se a responsabilidade do prédio dominante pela conservação da servidão de passagem, não titulada, mas aparente e permanente" (TJMG, Apelação Cível 2.0000.00.486241-7/000, Pedralva, 16.ª Câmara Cível, Rel. Desig. Des. Sebastião Pereira de Souza, j. 19.04.2006, *DJMG* 05.05.2006).

Nos termos do art. 1.382 do Código Privado, se a obrigação referente às obras incumbir ao dono do prédio serviente, por convenção entre as partes, este poderá exonerar-se, abandonando, total ou parcialmente, a propriedade ao dono do dominante. Como novidade da atual codificação e em complemento, pelo parágrafo único do preceito, se o proprietário do prédio dominante se recusar a receber a propriedade do serviente, ou parte dela, caberá ao último custear as obras realizadas.

Segundo bem aponta a doutrina nacional, trata-se de hipótese de *abandono liberatório da propriedade*, em favor de determinada pessoa, no caso, em benefício do proprietário do imóvel dominante, e somente dele (DINIZ, Maria Helena. *Código*..., 2010, p. 960; VENOSA, Sílvio de Salvo. *Código*..., 2010, p. 1.247; TEPEDINO, Gustavo; MORAIS, Maria Celina Bodin de; BARBOZA, Heloísa Helena. *Código*..., 2011, v. III, p. 786). Conforme se depreende dessa mesma doutrina, tal abandono configura característica típica de uma obrigação ambulatória ou *propter rem*, seguindo a coisa com quem quer que ela esteja.

Ressalve-se que, para alguns autores, caso de Francisco Eduardo Loureiro, não se trata de um abandono propriamente dito, mas de cessão de posição jurídica (*Código*..., 2010, p. 144). Nesse ponto, o magistrado é acompanhado por Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, para quem, "o 'abandono' não é um direito potestativo do titular do prédio serviente, mas um negócio jurídico de transmissão de posição jurídica" (FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Curso*..., 2012, p. 799). Ainda segundo Francisco Loureiro, a norma do art. 1.382 do CC é preceito de ordem privada, podendo ser afastado ou renunciado pela parte, o que parece ser conclusão correta.

Apesar dos últimos argumentos, o presente autor segue o entendimento de que a norma em comento trata, sim, de um abandono liberatório e personalíssimo, em benefício do proprietário do imóvel dominante, na linha dos juristas antes citados.

Ainda no que se refere ao exercício da servidão, o dono do prédio serviente não poderá embaraçá-lo, sob as penas da lei (art. 1.383 do CC). Como apontado por José Fernando Simão nas edições anteriores desta obra, o embaraço praticado por terceiro pode ser de duas maneiras: "Se a servidão for negativa, o embaraço se dá quando se realiza o ato que não é permitido. Exemplo dessa situação ocorre quando o dono do prédio serviente constrói acima da altura permitida. Por outro lado, em sendo a servidão positiva, como a de trânsito, o embaraço ocorre quando o dono do prédio serviente não permite o exercício. Para ilustrar, se há uma ponte que permite a passagem e o dono do prédio serviente a explode, impedindo a passagem, ocorre o embaraço" (TARTUCE, Flávio;

SIMÃO, José Fernando. *Direito civil*..., 2013, v. 4, p. 355).

Em caso de incômodo no exercício da servidão, dono do prédio dominante poderá fazer uso das ações possessórias, caso da ação de interdito proibitório e da ação de reintegração de posse, desde que a servidão seja aparente como regra, nos termos do art. 1.213 do CC. Tal conclusão não afasta a possibilidade da ação de obrigação de fazer e de não fazer, conforme o art. 461 do CPC. Cabe, ainda, a ação de nunciação ou embargo de obra nova, como vem entendendo a jurisprudência nacional (TJSP, Agravo de Instrumento 0002750-24.2013.8.26.0000, Acórdão 6513918, São Carlos, 19.ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Mário de Oliveira, j. 18.02.2013, *DJESP* 01.03.2013).

Ilustrando, ainda, com interessante conclusão a respeito das demandas possessórias em caso de embaraço no exercício da servidão, vejamos ementa do Tribunal de Justiça Goiás:

"Apelação cível. Reintegração de posse. Servidão de passagem. Comprovação. Proteção possessória deferida ante o embaraço criado pelo dono do prédio serviente. I – Servidão que não é titulada, mas tornada aparente, e suscetível de proteção possessória. II – A existência de outra estrada vicinal de acesso ao imóvel dominante não inviabiliza a ação. III – Em matéria de servidão, uma vez comprovada a sua existência, onde ressai que a estrada em questão é aberta a passagem de proprietários rurais da região, injustificável o embaraço criado pelo proprietário do prédio serviente, de sorte que a proteção da posse se impõe à luz do disposto no art. 1.210 c/c o art. 1.383, ambos do novo Código Civil brasileiro. Apelo conhecido e improvido" (TJGO, Apelação Cível 96027-4/188, Processo 200600481730, Santa Cruz de Goiás, 1.ª Câmara Cível, Rel. Des. Luiz Eduardo de Sousa, j. 04.07.2006, *DJGO* 14.09.2006).

Ou, ainda, do Tribunal de Justiça de São Paulo, concretizando a análise que se deve fazer da utilidade e mansidão da servidão consolidada no tempo: "se há décadas o imóvel conta com garagem lateral cujo ingresso se dá por meio de portão existente no corredor de acesso a vila vizinha, e especialmente quando sua utilização sempre se deu de forma tranquila, pacífica e sem oposição, a excepcionalidade da situação não autoriza o arbitrário levantamento de muro que bloqueie a porta, com fundamento nos arts. 1.299, 1.379 e 1.383 do Código Civil" (TJSP, Apelação 9182495-78.2008.8.26.0000, Acórdão 6191759, São Paulo, 17.ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Nelson Jorge Júnior, j. 12.09.2012, *DJESP* 24.10.2012).

Do mesmo Tribunal de Justiça de São Paulo, vejamos acórdão relativo à ação de manutenção de posse e servidão de busca de água no terreno alheio, com menção à vedação do desperdício desse importante recurso natural:

"Reintegração de posse. Servidão de água do terreno vizinho. Alegação de redução da vazão no cano que leva água para o rancho do autor. Procedência no primeiro grau. A servidão é aparente, denominada *servitus aquae haustus*, ou direito de buscar água em nascente do terreno vizinho, e que pode ser alargado, como permite o art. 1.385, do Código Civil. As fotos demonstram que sobra água no reservatório, enquanto o réu reduziu aquela vazão de água que vai para o rancho do autor. Não há dúvida de que houve sim a turbação, na medida em que o réu reduziu a vazão de água para o rancho do autor; adotou condutas reprováveis de tampar canos e retirar mangueiras; as fotos mostram que existe água de sobra na mina e no reservatório, tanto que um cano da bitola de 4 polegadas descarta água no Rio Grande. É absurdo completo ou injustiça genuína que a água seja jogada fora, e o autor não possa dela se utilizar, se necessita da água, e o réu não será prejudicado em absolutamente nada. Prioridade na tramitação deferida ao apelante. Negaram provimento ao recurso" (TJSP, Apelação 9172495-19.2008.8.26.0000, Acórdão 5506750, Igarapava, 18.ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Jurandir de Souza Oliveira, j. 19.10.2011, *DJESP* 21.11.2011).

Além das demandas preventivas citadas, o ato de embaraço praticado pelo proprietário do imóvel serviente também possibilita, ao dono do imóvel dominante, o ingresso de uma ação de reparação civil de todos os danos suportados, inclusive extrapatrimoniais, aplicando-se o princípio da reparação dos danos (art. 944, *caput*, do CC). Deduzindo pela possibilidade de cumulação da ação de reintegração de posse com indenização em caso de embaraço ao imóvel dominante, do Tribunal

do Distrito Federal: "Direito civil e processual civil. Ação possessória. Pedido e causa de pedir. Alteração. Imóvel rural não encravado. Turbação. Servidão de passagem. Embaraço ao livre curso das águas. Construção de cerca. Indenização. (...). A tolerância do possuidor quanto à utilização de estrada por vizinho, mesmo durante anos, não lhe confere qualquer direito sobre o seu uso. Compete aos titulares de imóveis marginais aos cursos d'água conservá-los livres de embaraços que provoquem prejuízos a terceiro. É lícito ao autor cumular, na ação de manutenção de posse, o pedido possessório com o de recebimento de indenização por perdas e danos e a imposição de pena em caso de reincidência (art. 921, do CPC). Apelo improvido. Sentença mantida" (TJDF, Recurso 2004.08.1.005682-9, Acórdão 330.164, 3.ª Turma Cível, Rel. Des. Arnoldo Camanho de Assis, *DJDFTE* 17.11.2008, p. 94).

Por fim, quanto ao art. 1.383 do CC/2002, vale a ressalva feita por Sílvio Venosa, no sentido da necessidade de analisar o embaraço com temperança, de acordo com as regras relativas ao direito de vizinhança. E exemplifica: "não é abusivo o ato do dono do prédio serviente que, por exemplo, determina o uso de cadeado ou outro meio de segurança no acesso à passagem na servidão de trânsito, desde que não a vede ou impeça" (*Código...*, 2010, p. 1.247).

Ato contínuo de estudo, preconiza o art. 1.384 do CC/2002 que a servidão pode ser removida, de um local para outro, pelo dono do prédio serviente e à sua custa, se em nada diminuir as vantagens do prédio dominante. Também pode ser removida pelo dono do imóvel dominante e à sua custa, se *houver considerável incremento da utilidade* e não prejudicar o prédio serviente. Como bem salientam Jones Figueirêdo Alves e Mário Luiz Delgado, a grande inovação do preceito – frente ao Código Civil de 1916 – é admitir também ao dono do imóvel dominante mudar a servidão de um local para outro, desde que arque com as despesas, "não prejudique o prédio serviente, e a mudança proporcione otimização do no uso da servidão" (*Código...*, 2005, p. 702).

Nota-se, pela norma, que a remoção da servidão somente é possível se mantida a função social do direito real de fruição, o que serve para preencher o conceito legal indeterminado de *considerável incremento da utilidade*. Concluindo por essa possibilidade:

"Servidão de passagem. Mudança do caminho atual, que corta a propriedade ao meio. Remoção da passagem para um dos lados, junto à divisa. Admissibilidade. Situação menos onerosa ao prédio serviente e que não trará prejuízo ao prédio dominante. Aplicação do disposto no art. 1.384 do Código Civil. Recurso parcialmente provido. Para uso da faculdade pelo dono do prédio serviente, basta demonstrar a vantagem na mudança, vantagem que consistirá na redução do ônus ao seu prédio, tornando-o mais produtivo e com menores embaraços ao aproveitamento, sem prejudicar o prédio dominante" (TJSP, Apelação 7351895-1, Acórdão 3685126, Mirassol, 11.ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Gilberto dos Santos, j. 04.06.2009, *DJESP* 08.07.2009).

Por outra via, ilustrando hipótese em que a remoção da servidão acarretou prejuízos e perda de utilidade da coisa, da Corte de Minas Gerais:

"Direito civil. Processual civil. Reintegração de posse-servidão de passagem. Acordo de vontades. Manutenção das servidões preexistentes. Esbulho. Comprovação dos requisitos do art. 927 do CPC. Reforma da sentença. Recurso provido. Sendo a hipótese de servidão aparente de passagem, e não de passagem forçada, indene de dúvidas ser a mesma passível de proteção possessória, eis que sua utilização configura inarredavelmente exercício de alguns dos poderes da propriedade, amoldando-se então perfeitamente ao conceito de posse insculpido no art. 1.196 do Código Civil – Súmula 415 do Supremo Tribunal Federal. Precedentes. O direito real de servidão de trânsito, ao contrário do direito de vizinhança à passagem forçada, prescinde do encravamento do imóvel dominante, consistente na ausência de saída pela via pública, fonte ou porto. A obstrução arbitrária de uma servidão de trânsito, atenta contra direitos preexistentes e contra o acordo pactuado, podendo-se dizer que a estrada nova substituiu a estrada velha, causando maior gravame aos apelantes, sendo impossível sua remoção, conforme se depreende do art. 1.384 do Código Civil de 2002" (TJMG, Apelação Cível

1.0142.07.020073-8/0011, Carmo do Cajuru, 16.ª Câmara Cível, Rel. Des. Sebastião Pereira de Souza, j. 23.09.2009, *DJEMG* 06.11.2009).

Em suma, o que se nota é que a possibilidade de remoção deve ser analisada caso a caso, sem perder de vista a funcionalidade da servidão e a utilidade desta. Em complemento, a remoção não pode configurar abuso de direito, o que é bem observado por Marco Aurélio Bezerra de Melo, nos seguintes dizeres: "Como o direito atual não se compadece com o exercício emulativo ou caprichoso do direito, para que não haja a mudança do local da servidão por qualquer das partes, mister será demonstrar a potencialização da utilização do prédio e a ausência e prejuízo ao legítimo exercício do direito decorrente da servidão predial" (*Direito*..., 2007, p. 318).

A servidão é regida pelo *princípio de menor onerosidade ao imóvel serviente* ou pelo regramento do *civiliter modo* (MALUF, Carlos Alberto Dabus. *Código*..., 2008. p. 1.489; DINIZ, Maria Helena. *Código*..., 2010, p. 961). Prevê expressamente o art. 1.385 do Código Civil de 2002 que o exercício da servidão será restringido às necessidades do prédio dominante, evitando-se, quanto possível, agravar o encargo ao prédio serviente. Para a efetivação dessas premissas, o dispositivo consagra os seguintes preceitos específicos, nos seus parágrafos, que afastam interpretações extensivas a respeito das servidões:

1.º – Constituída para certo fim, a servidão não se pode ampliar a outro. Exemplo: se a servidão é para pastagem de gado, não pode incluir a cultura agrícola no mesmo campo rural. Ou ainda, se a servidão é de passagem de água de chuva, não é possível também passar a água de esgoto.

2.º – Nas servidões de trânsito, a de maior inclui a de menor ônus, e a menor exclui a mais onerosa. Exemplos: se a servidão é de passagem de carros, inclui a passagem de pessoas, motos e bicicletas. Todavia, a recíproca não é verdadeira. Uma passagem de motos e bicicletas não inclui a passagem de carros.

3.º – Se as necessidades da cultura, ou da indústria, do prédio dominante impuserem à servidão maior largueza, o dono do serviente é obrigado a sofrê-la; mas tem direito a ser indenizado pelo excesso. Assim, imagine-se que a servidão foi imposta para passagem de animais de menor porte, inicialmente. Todavia, o dono do imóvel dominante passa a ter uma atividade relativa a animais maiores. O dono do imóvel serviente é obrigado a tolerá-lo, tendo direito, porém, a uma indenização pela tolerância. A norma tende a conservar a servidão, dentro de suas possibilidades e de acordo com a função social da posse e da propriedade.

Vários são os julgados que fazem incidir as regras expostas. Vejamos alguns, a fim de ilustrar a obra. De início, transcreve-se ementa do Tribunal de Minas Gerais, bem ilustrativa a respeito da segunda regra acima transcrita:

"Manutenção de posse. Requisitos. Art. 927, CPC. Servidão de passagem. Estrada rural. Objetos colocados fora do leito carroçável. Turbação não configurada. Quem se proclama possuidor deve ultrapassar os requisitos legais atinentes à matéria (CPC, art. 927), incumbindo-lhe o ônus da prova (CPC, art. 333, I). A servidão de passagem é um encargo imposto ao prédio. Serviente. Em proveito exclusivo de outro prédio. Dominante. Pertencente a dono diferente. Nos termos do § 2.º do art. 1.385, do Código Civil, 'nas servidões de trânsito, a de maior inclui a de menor ônus, e a menor exclui a mais onerosa'. Sendo objeto da servidão apenas a estrada, a manutenção da posse abrange somente o leito carroçável, sendo incabível o pleito de retirada de troncos, mourões e outros objetos colocados ao lado da estrada, mas fora do leito carroçável" (TJMG, Apelação Cível 0008183-10.2010.8.13.0086, Brasília de Minas, 18.ª Câmara Cível, Rel. Des. Mota e Silva, j. 13.12.2011, *DJEMG* 16.01.2012).

Da mesma Corte Mineira, colaciona-se trecho de outra decisão que interpreta muito bem o sentido do art. 1.385 do CC/2002, aduzindo que "reza o art. 1.385 do Código Civil que a servidão não se constitui para propiciar ao dono do prédio dominante a realização de caprichos, mas sim para permitir-lhe a razoável satisfação de necessidades ligadas à utilização do imóvel de que é titular. Como disciplina o mesmo artigo, nas servidões de trânsito, que têm por finalidade a ligação de um

prédio a outro, a de maior inclui a de menor ônus, enquanto a menor exclui a mais onerosa. Ademais, as pessoas que detêm servidão para um prédio não podem ampliá-lo a outro, contíguo, intermédio ou que venha a se juntar a prédio dominante" (TJMG, Agravo de Instrumento 1.0701.08.219712-3/0011, Uberaba, 10.ª Câmara Cível, Rel. Des. Cabral da Silva, j. 17.03.2009, *DJEMG* 03.04.2009). Corretamente, o aresto afastou a passagem de veículos, quando a servidão convencionava apenas a passagem de pessoas.

Do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, destaque-se a conclusão: "Sendo a servidão de alagamento de área, não pode o dominante fazer o uso da área para passagem de gado quando da estiagem, inclusive abrindo porteiras na cerca alheia" (TJRS, Apelação Cível 70023724420, Dom Pedrito, 19.ª Câmara Cível, Rel. Des. Guinther Spode, j. 08.07.2008, *DOERS* 18.07.2008, p. 7).

Do Tribunal Paulista, o correto julgamento a respeito do preceito em estudo: "A constituição da servidão de passagem visa beneficiar o prédio dominante, que necessita de acesso para alcançar as vias públicas, não podendo extravasar, entretanto, o limite da servidão instituída, evitando-se agravar o encargo do prédio serviente. Inteligência do art. 1.385 do Código Civil 2002" (TJSP, Agravo de Instrumento 7328851-8, Acórdão 3604029, Franca, 17.ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Walter Fonseca, j. 15.04.2009, *DJESP* 27.05.2009). Como última ilustração, do antigo Primeiro Tribunal de Alçada Civil de São Paulo: "Servidão de trânsito. Pretendida ampliação de uso para estacionamento de veículos. Inadmissibilidade. CC/2002, art. 1.385, *caput*, C.C. §§ 1.º e 2.º" (1.º TACSP, Processo 1283225-8, 12.ª Câmara, Rel. Des. Manuel Matheus Fontes, j. 04.05.2004).

Por fim, o exercício da servidão é ainda regido pelo *princípio da indivisibilidade (servitutes dividi non possunt)*, retirado do art. 1.386 do CC/2002, um dos regramentos fundamentais a respeito da categoria, como antes exposto. Determina esse comando que as servidões prediais são indivisíveis, e subsistem, no caso de divisão dos imóveis, em benefício de cada uma das porções do prédio dominante, e continuam a gravar cada uma das partes do prédio serviente. Assim, se um imóvel serviente é fracionado e dividido entre três herdeiros, o gravame real continua a existir em relação aos novos proprietários. A mesma premissa vale no caso de o imóvel fracionado ser o dominante, inclusive se qualquer um dos imóveis for mantido em condomínio. Obviamente, diante dessa indivisibilidade, se defendida a servidão por um dos consortes do prédio dominante, a todos aproveitarão a ação proposta (DINIZ, Maria Helena. *Código*..., 2010, p. 962).

A regra vale salvo se, por natureza, ou por destino, só se aplicarem a certa parte de um ou de outro. Ilustrando, imagine-se que um imóvel serviente tem a restrição de servidão de passagem apenas no seu lado direito. Se esse imóvel for dividido em duas partes, entre dois herdeiros, apenas o proprietário da parte direita terá a restrição, não o dono da parte esquerda.

Encerrando, diante dessa indivisibilidade da servidão, entendeu o Superior Tribunal de Justiça que "não é possível ao juízo negar cumprimento a uma servidão estabelecida em registro público, com fundamento na invalidade ou na caducidade desse registro, se não há uma ação proposta para esse fim específico pelo titular do prédio serviente. O que motiva a existência de registros públicos é a necessidade de conferir a terceiros segurança jurídica quanto às relações neles refletidas. Para que se repute ineficaz a servidão, é preciso que seja retificado o registro, e tal retificação somente pode ser requerida em ação na qual figurem, no polo passivo, todos os proprietários dos terrenos nos quais tal servidão se desmembrou, notadamente considerando a indivisibilidade desse direito real" (STJ, REsp 1.124.506/RJ, 3.ª Turma, Rel.ª Min.ª Nancy Andrighi, j. 19.06.2012, *DJE* 14.11.2012).

6.3.4 Da extinção da servidão

A encerrar o tratamento da servidão, o Código Civil de 2002 consagra as seguintes possibilidades de sua extinção.

a) Extinção por renúncia do proprietário do imóvel dominante

A hipótese está tratada pelo art. 1.388, inc. I, do CC/2002, cabendo ao dono do prédio serviente o direito de pleitear por meios judiciais o cancelamento do registro, embora o dono do prédio dominante impugne.

Tal renúncia constitui exercício de direito potestativo unilateral por parte do dono do imóvel dominante, devendo ser exercido por meio de escritura pública, se o imóvel tiver valor superior a 30 salários mínimos (art. 108 do CC). Tal renúncia, diante da regra do art. 114 do Código Civil, não se presume. No caso da servidão, além da declaração expressa, há necessidade do seu registro no Cartório de Registro Imobiliário (TJSP, APL 7207949-1, Acórdão 3489012, São Paulo, 21.ª Câmara de Direito Privado E, Rel. Des. Richard Paulro Pae Kim, j. 19.02.2009, *DJESP* 13.03.2009).

b) Extinção pela cessação da utilidade ou comodidade da servidão

A hipótese está igualmente tratada pelo art. 1.388, agora inciso II, cabendo o pedido judicial ao dono do imóvel serviente e posterior cancelamento registral. Trata-se de hipótese de fim da causa da servidão, ou desaparecimento de sua função social (*frustração do objeto*).

Concretizando a hipótese, entendeu o Tribunal Paulista pela extinção da servidão de passagem por desaparecimento da utilidade pelo fato de os proprietários do imóvel dominante terem adquirido novos lotes que possibilitavam a saída para a mesma rua com a mesma comodidade anterior (TJSP, Apelação 9117266-40.2009.8.26.0000, Acórdão 5017876, Bebedouro, 18.ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Rubens Cury, j. 01.03.2011, *DJESP* 15.04.2011).

Outro exemplo envolve *decisio* do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que julgou pela extinção da servidão de passagem diante de abertura de novo acesso à via pública, a retirar a necessidade da sua permanência ao imóvel serviente (TJRS, Apelação Cível 70017095803, São Sebastião do Caí, 18.ª Câmara Cível, Rel. Des. Cláudio Augusto Rosa Lopes Nunes, j. 04.12.2008, *DOERS* 27.03.2009, p. 104).

Obviamente, se tal utilidade e comodidade ainda existem não há que se falar em extinção da servidão. Por esse caminho concluiu o Tribunal Catarinense, em caso bem peculiar: "a servidão é constituída com o objetivo de conferir valorização, utilidade ou comodidade ao imóvel dominante, não se relacionando, necessariamente, à existência de encravamento. Admite-se a extinção da servidão quando comprovada a inexistência da comodidade ou utilidade que lhe deu origem (art. 1.388, II, do Código Civil). Utilidade que, no caso, se tem para o acesso de pessoas e automóveis à propriedade dominante. Servidão que não pode ser extinta tendo em vista que sempre foi utilizada como meio de acesso e a sua inutilização é temporária, porque ninguém reside no bem do demandado, bem como porque a servidão foi indevidamente modificada pelo proprietário do prédio serviente e, por fim, uma vez que o imóvel que se apresenta em substituição, como meio de acesso à via pública, possui declividade acentuada que impediria o tráfego de automóveis ao prédio dominante. Não provimento da apelação" (TJSC, Apelação Cível 2008.046116-1, Blumenau, 2.ª

Câmara de Direito Civil, Rel. Des. Gilberto Gomes de Oliveira, j. 27.09.2012, *DJSC* 16.10.2012, p. 120).

c) Extinção pelo resgate da servidão por parte do dono do prédio serviente

Igualmente viável por força do art. 1.388, inc. III, da codificação, mais uma vez se houver pedido judicial do proprietário do imóvel serviente e cancelamento do registro. Conforme leciona Maria Helena Diniz, esse "ato de resgate, equivalente a uma renúncia expressa, convencional e onerosa, consiste em escritura pública subscrita por ambos os interessados, constando o preço da liberação do ônus real, sua quitação e autorização para que se proceda ao cancelamento do seu assento" (DINIZ, Maria Helena. *Código*..., 2010, p. 964). Para este autor, a escritura pública somente será necessária nos casos de imóveis com valor superior a 30 salários mínimos, nos termos do art. 108 do CC/2002. Nota-se, portanto, que o resgate constitui hipótese de resilição bilateral, similar ao distrato, tratado pelo art. 472 do CC quanto aos contratos.

d) Extinção pela reunião dos dois prédios no domínio da mesma pessoa

Trata-se de hipótese de *confusão real*, quando, na mesma pessoa, confundem-se as qualidades de proprietário do imóvel dominante e serviente (art. 1.389, inc. I, do CC). Não se pode confundir a categoria com a *confusão obrigacional*, forma de pagamento, quando, na mesma pessoa, confundem-se as qualidades de credor e de devedor (art. 381 do CC).

A confusão pode decorrer de ato *inter vivos* ou evento *mortis causa*. Assim, imagine-se a hipótese em que o proprietário do imóvel serviente adquire o imóvel dominante e vice-versa. Ou, ainda, o proprietário do imóvel serviente é único herdeiro do dono do imóvel dominante, recebendo o bem como herança, pelo falecimento do último.

Como bem salientava José Fernando Simão nas edições anteriores desta obra, "uma pergunta interessante que pode surgir é a seguinte: se um dos prédios for alienado a terceiros, a servidão ressurge? A resposta é negativa. Uma vez extinta, só será criada novamente pela vontade das partes. Não há um fenômeno semelhante à pós-eficacização do crédito que se verifica quando cessada a confusão obrigacional (art. 384 do CC). Em outras palavras, não há o *efeito Fênix*" (TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito civil*..., 2013, v. 4, p. 357). O entendimento continua contando com o apoio deste autor.

e) Extinção pela supressão das respectivas obras por efeito do contrato ou de outro título expresso

De início, ressalte-se que a expressão *contrato* deve ser lida com ressalvas, no sentido de instrumento de constituição da servidão. Por óbvio, a servidão não é contrato, mas direito real de gozo ou fruição.

Mais uma vez, a hipótese – tratada pelo inc. II do art. 1.389 – tem relação com a perda de utilidade da servidão, de sua função social. Como bem salientam Gustavo Tepedino, Maria Celina Bodin de Moraes e Heloísa Helena Barboza, a supressão das obras gera uma presunção relativa de perda da finalidade. Porém, para que não pairem dúvidas a respeito da persistência ou não da servidão, deve constar de documento a supressão das obras que fundamentam a necessidade do direito real

(*Código*..., 2011, v. III, p. 798).

f) Extinção pelo não uso pelo prazo de dez anos contínuos

A hipótese é de *desuso da servidão*, presumindo-se pelo tempo a sua inutilidade. Diante da lógica adotada pelo Código Civil, o prazo citado é decadencial e não prescricional, como querem alguns autores, caso de Marco Aurélio Bezerra de Melo (*Direito*..., 2007, p. 321). Como é notório, os prazos de prescrição foram concentrados nos arts. 205 e 206 da codificação, sendo os demais, todos, de natureza decadencial, o que atinge a norma do art. 1.389, inc. III, do CC/2002 (GAGLIANO, Pablo Stolze. *Código*..., 2004, v. XIII, p. 101). Em reforço, a extinção está relacionada a direito potestativo, no caso a servidão, o que confirma a tese de que o prazo é de decadência.

A norma é clara ao estabelecer que o prazo deve ser contínuo. Assim, se houver interrupção por qualquer motivo, o prazo inicia-se novamente. Como bem pondera Sílvio de Salvo Venosa, o prazo de não uso tem início da ação ou atividade contrária à abstenção: "Nas servidões positivas, o não uso caracteriza-se pela não utilização: não se utiliza mais a servidão de trânsito; não se vai mais buscar água no terreno serviente, por exemplo. O prazo de não uso flui a partir do último ato praticado" (*Código*..., 2010, p. 1.252).

Da jurisprudência superior, destaque-se ementa segundo a qual entendeu o Superior Tribunal de Justiça que "A servidão foi constituída por ato jurídico voluntário, do então proprietário do prédio serviente, devidamente transcrito no registro de imóveis competente, por isso é válida e eficaz. Os artigos 573, § 2.º, e 576 do Código Civil de 1916 regulam as relações de vizinhança, sendo, portanto, imprestáveis para a solução de controvérsias relativas à servidão predial. Como o artigo 710 do Código Civil de 1916 estabelecia que as servidões prediais extinguiam-se pelo não uso durante dez anos contínuos, o consectário lógico é que, dentro deste período, o proprietário do prédio dominante poderia fazer uso de ação real para resguardar os seus interesses, no que tange à servidão" (STJ, REsp 207.738/SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4.ª Turma, j. 05.04.2011, *DJe* 29.04.2011).

Obviamente, o não uso por dez anos deve se provado pela parte que alega a extinção da servidão e que tenha interesse na sua não permanência (TJMG, Apelação Cível 1.0043.06.009457-0/0021, Areado, 12.ª Câmara Cível, Rel. Des. José Flávio de Almeida, j. 09.12.2009, *DJEMG* 11.01.2010 e 1.º TACSP, Agravo de Instrumento AI 801989-6, 8.ª Câmara, Rel. Juiz Carlos Alberto Lopes, j. 26.04.2000).

g) Extinção da servidão por desapropriação dos imóveis envolvidos

A extinção por desapropriação está implícita no art. 1.387 do CC/2002, incidindo qualquer uma das hipóteses de desapropriação consagradas no Direito Brasileiro, inclusive a desapropriação judicial privada por posse-trabalho (art. 1.228, §§ 4.º e 5.º, do CC).

Como bem salientam Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, a quem se filia, as hipóteses descritas no Código Civil não são taxativas, eis que a servidão pode ser extinta de qualquer modo como se extingue a propriedade. Os juristas citam o caso de extinção da servidão em decorrência da presença de uma propriedade resolúvel, sujeita a condição ou a termo, ocorrendo o ato extintivo. Ou, ainda, o perecimento, por qualquer razão, de alguns dos imóveis ou da própria servidão, a gerar a extinção do direito real (*Curso*..., 2012, p. 806).

Por derradeiro, conforme expressão do art. 1.387 do CC/2002, salvo nas desapropriações, a servidão, uma vez registrada, só se extingue, com respeito a terceiros, quando cancelada no registro de imóveis. Trata-se de consagração específica de um dos regramentos fundamentais dos direitos reais de gozo ou fruição, outrora analisados.

De acordo com o parágrafo do preceito, se o prédio dominante estiver hipotecado, e a servidão se mencionar no título hipotecário, será também preciso, para cancelá-la, o consentimento do credor. Isso porque não se pode afastar o interesse do último quanto do direito real existente sobre a coisa.

Trata-se de ato de concordância, e não de mera ciência. Sendo assim, o credor hipotecário deve ser notificado judicial ou extrajudicialmente para que se manifeste em prazo razoável. Caso não haja tal declaração do credor, não se pode presumir que a servidão está extinta, diante da regra geral segundo a qual quem cala não consente, retirada do art. 111 da codificação privada, *in verbis*: "O silêncio importa anuência, quando as circunstâncias ou os usos o autorizarem, e não for necessária a declaração de vontade expressa" (GAGLIANO, Pablo Stolze. *Código*..., 2004, v. XIII, p. 95). Em suma, mister se faz presente a declaração expressa do credor hipotecário, pois a extinção da servidão está prejudicando o seu direito quanto à garantia.

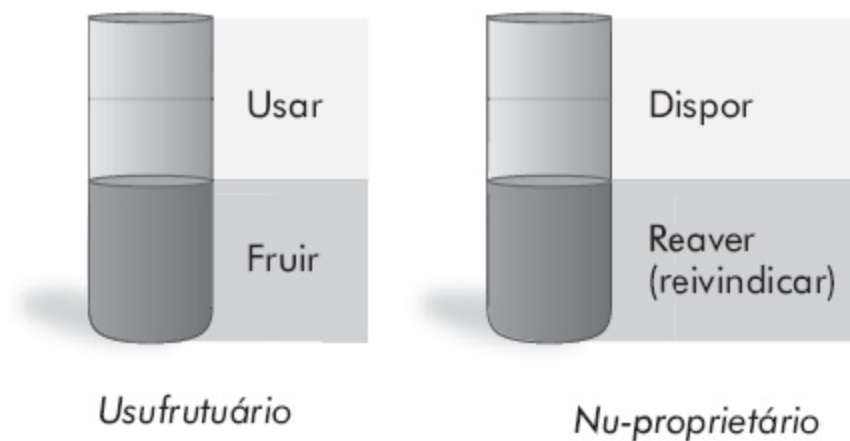
6.4 DO USUFRUTO

6.4.1 Conceito, partes, estrutura interna e figuras afins

O usufruto pode ser apontado como o direito real de gozo ou fruição por excelência, pois há a divisão igualitária dos atributos da propriedade (GRUD) entre as partes envolvidas. Como define Clóvis Beviláqua, "o usufruto é o direito real, conferido a alguma pessoa, durante certo tempo, que a autoriza a retirar, de coisa alheia, frutos e utilidades, que ele produza" (*Direito das coisas*..., v. 1, p. 309). Ou ainda, segundo Limongi França: "usufruto é o desmembramento da propriedade, de caráter temporário, em que o titular tem o direito de usar e perceber frutos da coisa, sem afetar-lhe a substância" (*Instituições*..., 1999, p. 490).

Como primeira parte, há o usufrutuário que, como o próprio nome já diz, tem os atributos de usar (ou utilizar) e fruir (ou gozar) a coisa – GU. Repise-se que esses são os atributos diretos, que formam o *domínio útil*. Diante do fracionamento dos atributos da propriedade, o usufrutuário mantém a posse direta sobre o bem, tendo o contato corpóreo imediato.

A outra parte é o nu-proprietário, que tem os atributos de reivindicar (ou buscar) e dispor (ou alienar) a coisa – RD. É assim chamado justamente por estar *despido* dos atributos diretos, relativos ao domínio útil, que estão com o usufrutuário. Tem a posse indireta ou imediata da coisa, diante do exercício do direito real.

Do ponto de vista estrutural, o que se nota no usufruto é o fracionamento perfeito e uniforme dos atributos do domínio, conforme o esquema a seguir:

Da simbologia criada podem ser extraídas algumas perguntas, fundamentais para a compreensão do instituto do usufruto, na teoria e na prática.

De início, indaga-se se o nu-proprietário pode locar o imóvel objeto de usufruto. A resposta é negativa, eis que somente o usufrutuário tem o atributo de gozar ou fruir, faculdade que é relacionada à possibilidade de alugar o bem, retirando seus frutos civis ou rendimentos.

Como segunda dúvida: o nu-proprietário pode usar a coisa? Em regra, não, apenas o usufrutuário pode utilizar a coisa, por ter tal atributo. Na verdade, até é possível que o nu-proprietário utilize a coisa, mas não em decorrência pura do usufruto, mas de outra cessão. A título de ilustração, o usufrutuário pode celebrar contrato de locação com o nu-proprietário, surgindo desse contrato o direito de uso a favor do último.

O usufrutuário pode vender o bem? A resposta é, mais uma vez, negativa. Isso porque somente o nu-proprietário pode fazê-lo, por ter o atributo de disposição ou alienação. Em reforço, como se verá a seguir, o usufruto é alienável, por força do art. 1.393 do atual Código Civil.

Das duas partes, quem pode ingressar com a ação reivindicatória da coisa em usufruto? Somente o nu-proprietário, que é aquele que tem o direito de reaver ou buscar a coisa de quem injustamente a possua ou detenha (atributo R).

Por fim, quem pode ingressar com ação possessória relativa ao bem? Ambos, pois são possuidores: o usufrutuário é possuidor direto; o nu-proprietário, indireto. Como visto no Capítulo 2 desta obra, basta que a parte tenha um dos atributos do domínio para que tenha posse (art. 1.196 do CC). Surge de tal conclusão a possibilidade de ingresso de ação possessória, pelas duas partes.

Explicada a sua estrutura interna, nos termos do art. 1.390 do CC/2002, o usufruto pode recair em um ou mais bens, móveis ou imóveis, em um patrimônio inteiro, ou parte deste, abrangendo-lhe, no todo ou em parte, os frutos e utilidades. Tal dispositivo tem relação com a classificação do usufruto, que será analisada no próximo tópico.

A encerrar o presente tópico, é preciso diferenciar o usufruto de institutos que lhe são próximos, e que podem causar confusão.

Inicialmente, o usufruto não se confunde com a locação, apesar de no último caso igualmente existir uma cessão de uso e, eventualmente, também de gozo. O usufruto é direito real; a locação é contrato. O primeiro gera efeitos *erga omnes*, o segundo efeito *inter partes*, em regra. O usufruto é

extinto com a morte do usufrutuário, o que não ocorre na locação, em regra, no caso de falecimento do locatário. Por fim, o usufruto pode ser gratuito ou oneroso; a locação é sempre onerosa.

Aliás, cumpre destacar que se o usufruto for gratuito, não se confunde com o comodato (empréstimo de bem infungível ou insubstituível), mais uma vez porque o primeiro é direito real e o segundo é contrato. Sendo assim, o usufruto gera efeitos *erga omnes*, contra todos; o comodato gera efeitos *inter partes*.

O usufruto não se confunde, apesar da proximidade, com a superfície, o que já foi apontado no presente trabalho. Como visto, permite-se a transmissão da superfície por ato *inter vivos* ou evento *mortis causa*, o que demonstra que o instituto não é personalíssimo (*intuitu personae*), ao contrário do que ocorre com o usufruto. Como será demonstrado, no caso de falecimento do usufrutuário, a categoria é extinta. Em reforço, a superfície constitui um direito real de gozo e fruição em que os atributos da propriedade são transmitidos com maior amplitude. O superficiário tem, por exemplo, o direito de disposição da superfície e direito de preferência, o que não ocorre no usufruto. Por fim, no caso de desapropriação do bem, o superficiário deve ser indenizado proporcionalmente, o que não ocorre no usufruto.

Por derradeiro, é comum, desde os clássicos, diferenciarem o usufruto do fideicomisso (ver, por exemplo: MONTEIRO, Washington de Barros; MALUF, Carlos Alberto Dabus. *Curso...*, 2009, v. 3, p. 347). Na opinião do autor desta obra, a diferenciação é discipienda, pois os institutos pouco têm em comum. De toda sorte, o usufruto é instituto de direito real; o fideicomisso é categoria sucessória, forma de substituição testamentária. No usufruto, a propriedade é desmembrada entre usufrutuário e nu-proprietário, de forma igualitária quanto aos atributos do domínio. No fideicomisso, as partes envolvidas têm a propriedade plena, todos os atributos do domínio, mas de forma sucessiva. Por fim, o usufruto recai sobre pessoas já existentes, concebidas e nascidas. O fideicomisso abrange apenas a prole eventual pelo Código Civil de 2002, ou seja, os não concebidos ao tempo da morte do testador (art. 1.952). Ressalte-se que essa última regra praticamente retirou a relevância prática do instituto. A fim de facilitar, as diferenças entre usufruto e fideicomisso estão no quadro abaixo.

6.4.2 Principais classificações do usufruto

Desde os autores clássicos até os contemporâneos, é comum o estudo da classificação do usufruto, de acordo com a variedade de critérios a seguir expostos (por todos: LIMONGI FRANÇA, Rubens. *Instituições*..., 1999, p. 491-493; MONTEIRO, Washington de Barros; MALUF, Carlos Alberto Dabus. *Curso*..., 2013, v. 3, p. 348-350; DINIZ, Maria Helena. *Curso*..., 2009, v. 4, p. 436-440; GONÇALVES, Calor Roberto. *Direito*..., 2010, v. 5, p. 484-486). Tais classificações geram o que também é denominado pela doutrina consultada de *espécies de usufruto*. Vejamos, pontualmente.

6.4.2.1 Classificação quanto ao modo de instituição ou quanto à origem

De início, quanto à origem, o usufruto será *legal* quando decorre da norma jurídica e não da vontade das partes, sendo desnecessário o seu registro no Cartório de Registro de Imóveis, conforme consta expressamente do art. 167, I, n. 7, da Lei 6.015/1973 (Lei de Registros Públicos). Trata-se, portanto, de exceção à regra do registro imobiliário, constante do art. 1.391 do CC, dispositivo que ainda será devidamente estudado neste capítulo.

Como primeiro exemplo de usufruto legal, cite-se o usufruto dos pais sobre os bens dos filhos menores (art. 1.689, inc. I, do CC/2002). Cumpre destacar que o art. 1.693 da própria codificação exclui de tal usufruto alguns bens, a saber: *a)* os bens adquiridos pelo filho havido fora do casamento, antes do reconhecimento; *b)* os valores auferidos pelo filho maior de dezesseis anos, no exercício de atividade profissional e os bens com tais recursos adquiridos; *c)* os bens deixados ou doados ao filho, sob a condição de não serem usufruídos, ou administrados, pelos pais; *d)* os bens que aos filhos couberem na herança, quando os pais forem excluídos da sucessão.

O segundo exemplo de usufruto legal envolve aquele instituído a favor do cônjuge, que estiver na posse dos bens particulares do outro, havendo rendimento comum (art. 1.652, inc. I, do CC). A concretizar, imagine-se a mulher que está na posse de imóvel do marido, que gera aluguéis, devendo ser tratada como usufrutuária em casos tais.

Por fim, não se pode esquecer que a codificação anterior previa um usufruto legal, como direito sucessório, em favor do cônjuge sobrevivente, chamado de *usufruto vidual*. De acordo com o art. 1.611, *caput*, do CC/1916, na falta de descendentes ou ascendentes, a herança seria atribuída ao cônjuge sobrevivente se, ao tempo da morte do outro, não estava dissolvida a sociedade conjugal. Em complemento, conforme o seu § 1.º, o cônjuge viúvo, se o regime de bens do casamento não fosse o da comunhão universal de bens, teria direito, enquanto durasse a viuvez, ao usufruto da quarta parte dos bens do cônjuge falecido, se houvesse filho deste ou do casal, e à metade se não houvesse filhos, embora sobrevivam ascendentes do falecido. Anote-se que os comandos foram incluídos na lei geral privada por força do Estatuto da Mulher Casada (Lei 4.121/1962).

Além do cônjuge, o sistema anterior estabelecia o usufruto legal a favor do companheiro ou convivente. Conforme o art. 2.º da Lei 8.971/1994, o convivente participaria da sucessão do companheiro falecido nas seguintes condições: *a)* teria direito, enquanto não constituísse nova união, ao usufruto de quarta parte dos bens do falecido, se houvesse filhos do falecido ou comuns; *b)* teria direito, enquanto não constituísse nova união, ao usufruto da metade dos bens do *de cujus*, se não houvesse filhos, embora sobrevivessem ascendentes; *c)* na falta de descendentes e de ascendentes, o companheiro sobrevivente teria direito à totalidade da herança.

O presente autor segue o entendimento, majoritário na doutrina e na jurisprudência, de extinção das

modalidades de *usufruto legal sucessório*, conforme está aprofundado no Volume 6 da presente coleção. Como é notório, as regras anteriores foram revogadas, eis que o Código Civil de 2002 substitui o usufruto pela concorrência sucessória. O art. 1.829 do Código Civil estabelece, em seus incisos I e II, a concorrência do cônjuge com os descendentes e ascendentes do falecido. O art. 1.790 da codificação, regulamentando especificamente o direito sucessório do companheiro, consagrou a concorrência sucessória do convivente com os descendentes do falecido. Quanto ao art. 1.611 do CC/1916, o preceito foi revogado expressamente pelo art. 2.045 do CC/2002, não pairando maiores controvérsias (nesse sentido, incidentalmente: STJ, REsp 594.699/RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4.ª Turma, j. 01.12.2009, *DJe* 14.12.2009).

Em relação ao art. 2.º da Lei 8.971/1994, a este autor parece existir uma incompatibilidade com o sistema atual de concorrência sucessória, sendo o caso de revogação tácita, por força do art. 2.º, § 1.º, da Lei de Introdução. Todavia, como não há clareza quanto à revogação, há quem entenda pela subsistência da norma (GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Sucessão..., *Novidades*..., 2007, p. 170-172). Julgado do Tribunal de Justiça do Paraná adotou tal conclusão (TJPR, Agravo de Instrumento 366.279-3, Rel. Des. Fernando Wolff Bodziak, j. 25.04.2007).

O segundo tipo usufrutuário, na classificação quanto à origem, é o *usufruto voluntário ou convencional*, aquele que decorre do exercício da autonomia privada, podendo ter origem em testamento ou em contrato, como é o caso da doação. O usufruto voluntário decorrente de contrato admite a seguinte subclassificação, apontada por Flávio Augusto Monteiro de Barros: *a) usufruto por alienação* – o proprietário concede o usufruto a terceiro e conserva a nua-propriedade; b) *usufruto por retenção ou deducto* – o proprietário reserva para si o usufruto e transfere a nua-propriedade a um terceiro (BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. *Manual*..., 2005, v. 3, p. 131).

O *usufruto convencional deducto* geralmente é utilizado como forma de *planejamento sucessório*. Assim, é comum na prática, no caso de falecimento de um dos cônjuges que possuem relevante patrimônio imobiliário, dividir os imóveis em lotes, que serão escolhidos ou sorteados entre os filhos, a quem se atribui a nua-propriedade, dividida de forma equânime e nos limites da proteção da legítima. Tal divisão é efetivada por meio de doação do sobrevivente ou testamento do falecido. O cônjuge supérstite mantém o usufruto vitalício dos bens imóveis e, quando do seu falecimento, este é extinto. Percorrendo tal caminho, são evitados maiores conflitos entre os filhos, pois, quando do falecimento do segundo ascendente, todos os bens já estão divididos. O presente autor tem recomendado tal forma de solução sucessória em consultas e pareceres.

A terceira modalidade, quanto à origem, é do *usufruto misto*, aquele que decorre de usucapião, como bem aponta Maria Helena Diniz (*Curso*..., 2009, v. 4, p. 437). Como leciona a jurista, o prazo para a usucapião do usufruto deve ser o mesmo previsto para a usucapião ordinária (dez anos) ou extraordinária (quinze anos), o que depende ou não da presença do justo título e da boa-fé. Ressalte-se que o art. 1.391 do CC/2002 reconhece expressamente a possibilidade de se adquirir o usufruto por usucapião, não havendo o mesmo debate doutrinário existente em relação à superfície. De toda sorte, raras são as suas situações concretas.

Por fim, quanto à origem, há o *usufruto judicial*, fixado pelo juiz da execução e tratado entre os arts. 716 a 724 do Código de Processo Civil. Os preceitos processuais foram alterados pela Lei 11.382/2006, a fim de facilitar e tornar mais operável tal constituição judicial. De acordo com o primeiro preceito instrumental, o juiz pode conceder ao exequente o usufruto de móvel ou imóvel,

quando o reputar menos gravoso ao executado e eficiente para o recebimento do crédito.

Decretado o usufruto, perde o executado o gozo do móvel ou imóvel, até que o exequente seja pago do principal, juros, custas e honorários advocatícios (art. 717 do CPC). Em suma, o devedor, proprietário do bem, não pode mais dele usar ou retirar os frutos. O usufruto tem eficácia, assim em relação ao executado como a terceiros, a partir da publicação da decisão que o conceda (art. 718 do CPC). Na sentença, o juiz nomeará um administrador que será investido de todos os poderes que concernem ao usufrutuário (art. 719 do CPC). O parágrafo único da última norma estabelece que pode ser nomeado como administrador do usufruto judicial: *a)* o credor, consentindo o devedor; *b)* o devedor, consentindo o credor. A ordem descrita não é obrigatória, cabendo a nomeação de acordo com a conveniência e efetividade da instituição do usufruto. Quando o usufruto recair sobre o quinhão do condômino na copropriedade, o administrador exercerá os direitos que cabiam ao executado (art. 720 do CPC).

A lei considera ser lícito ao credor, antes da realização da praça ou leilão, requerer-lhe seja atribuído, em pagamento do crédito, o usufruto do imóvel penhorado (art. 721 do CPC). Ouvido o executado, o juiz nomeará perito para avaliar os frutos e rendimentos do bem e calcular o tempo necessário para o pagamento da dívida (art. 722, *caput*, do CPC). A título de exemplo, o perito pode determinar qual o valor justo dos aluguéis do imóvel, a fim de que tais valores sejam revertidos para o credor da execução.

Após a manifestação das partes sobre o laudo, proferirá o juiz decisão. Caso deferido o usufruto de imóvel, ordenará a expedição de carta para averbação no respectivo registro, o que é sempre fundamental no caso de usufruto imobiliário (art. 722, § 1.º, do CPC). Constarão dessa carta de averbação a identificação do imóvel e cópias do laudo e da decisão (art. 722, § 2.º, do CPC).

Se o imóvel estiver locado a terceiro, o locatário pagará o aluguel diretamente ao usufrutuário, salvo se houver administrador a quem deva ser pago o aluguel (art. 723 do CPC). Por fim, o exequente usufrutuário poderá celebrar locação do móvel ou imóvel, caso não haja, ouvido o executado quanto à viabilidade desse contrato (art. 724, *caput*, do CPC). Em havendo discordância por parte do proprietário, o juiz decidirá a melhor forma de exercício do usufruto, como, por exemplo, se a locação é viável ou não (art. 724, parágrafo único, do CPC).

Apesar das alterações legislativas de facilitação, a verdade é que o usufruto judicial é pouco operável, notadamente pelos custos de perícia e de nomeação de um administrador, que deverá ser remunerado. Além disso, como há retirada de frutos de bem em garantia, a figura parece se confundir com a anticrese, direito real de garantia que ainda será estudado. Tal conclusão era apontada por José Fernando Simão, a quem se filia, nas edições anteriores desta obra (TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito civil...*, 2013, v. 4, p. 363).

6.4.2.2 Classificação quanto ao objeto que recai

Duas são as modalidades quanto ao critério mencionado. De início, o *usufruto próprio* ou *regular* é aquele que recai sobre bens infungíveis e inconsumíveis. Ao final, o usufrutuário deve restituir os bens que recebeu.

Por outra via, o *usufruto impróprio, irregular* ou *quase usufruto* recai sobre bens fungíveis e

consumíveis. O usufrutuário se torna proprietário da coisa, podendo aliená-la a terceiros ou consumi-la. Por razões óbvias, ao final do usufruto, deverá ser restituído o equivalente à coisa, aplicando-se as mesmas regras do mútuo, conforme determina o art. 1.392, § 1.º, do CC/2002. Pelo comando citado, não sendo possível devolver coisa do mesmo gênero, caberá a restituição em dinheiro.

Uma hipótese de usufruto impróprio diz respeito a títulos de crédito. Estatui o art. 1.395 do Código Civil que, em casos tais, o usufrutuário tem o direito de perceber os frutos e cobrar as respectivas dívidas relativas ao título.

Para alguns doutrinadores, caso de Caio Mário da Silva Pereira, a última modalidade não constitui um usufruto propriamente dito, mas uma modalidade de aquisição da coisa, com o encargo de restituição, pois o usufruto "consiste na utilização e fruição da coisa sem alteração na sua substância, o que é incompatível com o consumo ao primeiro uso" (*Instituições*..., 2012, v. IV, p. 255). Tal conclusão justificaria o termo quase usufruto, normalmente utilizado pelos civilistas.

Da jurisprudência do Tribunal do Rio Grande do Sul, concluiu-se que "O usufruto legal recai sobre todos os bens do *de cujus*, inclusive valores pecuniários aplicados, pois o dinheiro é um bem móvel consumível. Havendo valores correspondentes a quotas que estão sendo administradas por fundos fiscais, é cabível determinar a sua sobrepartilha. Recurso provido" (TJRS, Agravo de Instrumento 70025261751, Porto Alegre, 7.ª Câmara Cível, Rel. Des. Sérgio Fernando Silva de Vasconcellos Chaves, j. 05.11.2008, *DOERS* 10.11.2008, p. 35).

6.4.2.3 Classificação quanto à extensão

Levando-se em conta a sua extensão ou amplitude na relação com bens acessórios, o *usufruto total ou pleno* é aquele que abrange todos os acessórios da coisa e os seus acrescidos, o que constitui regra, salvo previsão em contrário (art. 1.392, *caput*, do CC). Trata-se de uma decorrência natural do princípio da gravitação jurídica, segundo o qual o acessório segue o principal. A título de exemplo, o usufruto sobre o apartamento abrange a vaga de garagem. Todavia, entende o STJ que, se a vaga de garagem tiver matrícula própria, havendo uma atribuição própria na fração ideal, não se aplica tal premissa, pois não há relação de acessoriedade (STJ, REsp 39.676/SP, Rel. Min. Cláudio Santos, 3.ª Turma, j. 28.11.1994, *DJ* 19.12.1994, p. 35.308).

Por outra via, o *usufruto parcial* ou *restrito* tem seu conteúdo delimitado na instituição, podendo não abranger todos os acessórios da coisa objeto do instituto. A própria lei estabelece exceções à regra do usufruto total nos parágrafos do art. 1.392.

Conforme o seu § 1.º, se, entre os acessórios e os acrescidos, houver coisas consumíveis, terá o usufrutuário o dever de restituir, findo o usufruto, as que ainda houver e, das outras, o equivalente em gênero, qualidade e quantidade, ou, não sendo possível, o seu valor, estimado ao tempo da restituição. Essa é a norma que trata justamente do *quase usufruto*, antes abordado.

De acordo com o § 2.º do art. 1.392, se houver no prédio em que recai o usufruto florestas ou os recursos minerais, devem o dono e o usufrutuário prefixar-lhe a extensão do gozo e a maneira de exploração. No caso de minas, jazidas e recursos minerais com interesse público não se aplica a regra, pois tais bens são considerados públicos da União, nos termos do art. 20 da Constituição Federal (TEPEDINO, Gustavo; MORAIS, Maria Celina Bodin de; BARBOZA, Heloísa Helena.

Código..., 2011, v. III, p. 810; LOUREIRO, Francisco Eduardo. *Código*..., 2010, p. 1.460).

O que se nota é que a norma civil tem pouca incidência prática. Para o último doutrinador citado, no caso de recursos minerais, a abrangência diz respeito apenas aos de emprego imediato na construção civil, nos termos do parágrafo único do art. 1.230 do CC. Em relação às florestas, o usufruto apenas tem relação com aquelas destinadas para a extração de madeira, "uma vez que as matas nativas não podem ser destruídas em face da legislação ambiental" (LOUREIRO, Francisco Eduardo. *Código*..., 2010, p. 1.460). Em todos os casos, não se pode esquecer a proteção do Bem Ambiental, nos termos do art. 225 da CF/1998 e do art. 1.228, § 1.º, do CC/2002.

Por fim, se o usufruto recai sobre universalidade ou quota-parte de bens, como é o caso da herança, o usufrutuário tem direito à parte do tesouro achado por outrem e ao preço pago pelo vizinho do prédio usufruído, para obter meação em parede, cerca, muro, vala ou valado (art. 1.392, § 3.º, do CC). Assim, duas são as hipóteses em que se reconhece direito a favor do usufrutuário.

No primeiro caso, por exemplo, um baú com diamantes é encontrado por terceiro de boa-fé no imóvel em usufruto. O baú deverá ser dividido entre o terceiro e o usufrutuário. Na segunda hipótese, a título de ilustração, se o vizinho paga ao proprietário valor pela construção de um mata-burro, o usufrutuário terá direito a tal valor.

Ainda quanto à extensão, mas com o sentido de abrangência sobre os bens do proprietário, alguns autores apresentam a classificação em *usufruto universal* e *particular*, divisão à qual se filia (DINIZ, Maria Helena. *Curso*..., 2009, v. 4, p. 438-439). O *usufruto universal* ou *geral* recai sobre universalidade de bens, como o patrimônio e a herança. Por outra via, o *usufruto particular* tem por objeto bens individualizados ou determinados. Imagine-se o usufruto que recai somente sobre uma casa do proprietário. Ambas as modalidades são admitidas pelo outrora citado art. 1.390 do CC/2002, com os destaques que interessam à presente classificação: "O usufruto pode recair *em um* ou *mais bens*, móveis ou imóveis, em um patrimônio *inteiro, ou parte deste*, abrangendo-lhe, no todo ou em parte, os frutos e utilidades".

6.4.2.4 Classificação quanto à duração

Como último critério classificatório, quanto à duração, o *usufruto temporário ou a termo* se dá quando da instituição já se estabelece seu prazo de duração. A fluência desse prazo gera a extinção do usufruto, nos termos do art. 1.410, inc. II, do CC. Ressalte-se que, se for usufrutuária a pessoa jurídica, seu termo máximo de duração será de trinta anos, conforme o art. 1.410, inc. III, do CC. Ressalte-se que o prazo de trinta anos é o maior prazo estabelecido pela atual codificação privada, o que remonta às regras constantes das Ordenações do Reino de Portugal, que vigoraram no Brasil antes do Código Civil de 1916.

Por outra via, o *usufruto vitalício* está presente caso seja estipulado a favor de pessoa natural, sem previsão de prazo ou termo final, ocasião em que é considerado como vitalício e se extingue com a morte do usufrutuário (arts. 1.410, inc. I, e 1.411 do CC/2002). Tal modalidade é muito comum na prática, notadamente nas hipóteses em que o usufruto é utilizado como forma de planejamento sucessório, na linha antes exposta. Obviamente, pelo prazo máximo acima mencionado, não existe usufruto vitalício a favor de pessoa jurídica.

Deve-se atentar ao fato de que a morte do nu-proprietário não é causa de extinção do usufruto, transmitindo-se tal qualidade aos seus herdeiros. O tema ainda será aprofundado no presente capítulo.

6.4.3 Regras fundamentais relativas ao usufruto. A questão da inalienabilidade do direito real

Expostas as modalidades de usufruto, vejamos as suas regras fundamentais, sem prejuízo dos preceitos antes analisados.

Expressa o art. 1.391 do Código Civil que o usufruto de imóveis, quando não resulte de usucapião, constituir-se-á mediante registro no Cartório de Registro de Imóveis, regramento fundamental dos direitos reais de gozo. Ressalte-se que, – além do usufruto decorrente de usucapião –, em havendo usufruto legal, caso dos decorrentes de Direito de Família, não há necessidade de tal registro, conforme consta expressamente do art. 167, I, n. 7, da Lei 6.015/1973 (Lei de Registros Públicos). Nos casos de usufruto convencional antes expostos, o registro imobiliário é fundamental. Conforme já entendeu a jurisprudência superior, com razão, "A pessoa que alega ter direito a usufruto que não consta do Registro Imobiliário não tem legitimidade para promover a anulação dos atos, atingindo terceiros adquirentes" (STJ, REsp 444.928/DF, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, 4.ª Turma, j. 17.10.2002, *DJ* 02.12.2002, p. 320).

Dispositivo dos mais polêmicos, prescreve o art. 1.393 do CC/2002 que "Não se pode transferir o usufruto por alienação; mas o seu exercício pode ceder-se por título gratuito ou oneroso". O dispositivo tem sentido bem diferente do art. 717 do CC/1916, seu equivalente na codificação anterior, que dispunha: "O usufruto só se pode transferir, por alienação, ao proprietário da coisa; mas o seu exercício pode ceder-se por título gratuito ou oneroso". Em resumo, nota-se que a regra sempre foi a de *intransmissibilidade do usufruto*, exceção feita na lei anterior para a possibilidade de o usufrutuário ceder o domínio útil ao nu-proprietário, de forma gratuita ou onerosa. No tocante à cessão do exercício do usufruto, sempre foi ela permitida. A título de ilustração, podem ser citadas as possibilidades de se ceder o bem usufrutuário em comodato ou locação.

A propósito da inalienabilidade do usufruto, entende-se que ele é, igualmente, impenhorável, por força da dicção do art. 649, inc. I, do CPC, segundo o qual são absolutamente impenhoráveis os bens inalienáveis. A jurisprudência tem aplicado tal comando ao usufruto (por todos: STJ, AgRg no Ag 851.994/PR, 1.ª Turma, Rel. Min. José Delgado, j. 11.09.2007, *DJ* 01.10.2007, p. 225). Todavia, admite-se a penhora dos frutos que decorrem do instituto, conforme reconheceu o próprio Superior Tribunal de Justiça em decisão publicada no seu *Informativo* n. *443*:

> "Penhora. Usufruto. Imóvel. Residência. O tribunal *a quo* reconheceu a possibilidade da penhora do direito ao exercício de usufruto vitalício da ora recorrente. Porém, o usufruto é um direito real transitório que concede a seu titular o gozo de bem pertencente a terceiro durante certo tempo, sob certa condição ou vitaliciamente. O nu-proprietário do imóvel, por sua vez, exerce o domínio limitado à substância da coisa. Na redação do art. 717 do CC/1916, vigente à época dos fatos, deduz-se que o direito de usufruto é inalienável, salvo quanto ao proprietário da coisa. Seu exercício, contudo, pode ser cedido a título oneroso ou gratuito. Resulta daí a jurisprudência admitir que os frutos decorrentes dessa cessão podem ser penhorados, desde que tenham expressão econômica imediata. No caso, o imóvel é ocupado pela própria devedora, que nele reside, não produzindo qualquer fruto que possa ser penhorado. Assim, não é cabível a penhora do exercício do direito ao usufruto do imóvel ocupado pelo recorrente, por ausência de amparo legal. Logo, a Turma deu provimento ao recurso. Precedentes citados: REsp 925.687/DF, *DJ* 17.09.2007; REsp 242.031/SP, *DJ* 29.03.2004, e AgRg no Ag 851.994/PR, *DJ* 1.º.10.2007" (STJ, REsp 883.085/SP, Rel. Min. Sidnei Beneti, j. 19.08.2010).

Entende-se, em reforço, que a impenhorabilidade do usufruto não abrange a nua-propriedade, que admite a constrição. Assim, "da interpretação conjunta dos arts. 524 e 713 do CC/16, fica evidente a opção do legislador pátrio em permitir a cisão, mesmo que temporária, dos direitos inerentes à propriedade: de um lado o direito de uso e gozo pelo usufrutuário, e de outro o direito de disposição e sequela pelo nu-proprietário. A nua-propriedade pode ser objeto de penhora e alienação em hasta pública, ficando ressalvado o direito real de usufruto, inclusive após a arrematação ou a adjudicação, até que haja sua extinção" (STJ, REsp 925.687/DF, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3.ª Turma, j. 09.08.2007, *DJ* 17.09.2007, p. 275). Ressalte-se que, com as respectivas alterações, o art. 524 do CC/1916 equivale ao atual art. 1.228; o antigo art. 713 é o vigente art. 1.390 do CC/2002.

De toda sorte, conforme a própria Corte Superior, "Não é possível a penhora da nua-propriedade do único bem imóvel do devedor, destinado à moradia de sua genitora em virtude de usufruto vitalício, pois, nos termos da jurisprudência do STJ, a nua-propriedade não é suscetível de constrição quando o imóvel é considerado bem de família" (STJ, REsp 950.663/SC, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4.ª Turma, j. 10.04.2012, *DJe* 23.04.2012).

Pois bem, a questão controvertida que surge da atual redação do art. 1.393 do CC é a seguinte: é ainda possível que o usufrutuário ceda ao proprietário o domínio útil, ou seja, os direitos de usar e fruir, de forma gratuita ou onerosa? Duas correntes bem definidas surgem na doutrina.

Para uma *primeira corrente*, está mantida a possibilidade de alienação do usufruto pelo usufrutuário ao nu-proprietário, hipótese de sua extinção por *consolidação*, nos termos do art. 1.410, inc. I, do CC/2002. Essa é a opinião de Ricardo Aronne (*Código*..., 2004, p. 997), Carlos Alberto Dabus Maluf (MALUF, Carlos Alberto Dabus. *Código*..., 2008. p. 1.500), José Fernando Simão (TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito civil*..., 2013, v. 4, p. 366), Carlos Roberto Gonçalves (*Direito*..., 2010, v. 5, p. 479), Flávio Augusto Monteiro de Barros (BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. *Manual*..., 2005, v. 3, p. 133) e Marco Aurélio S. Viana (*Comentários*..., 2003, v. XVI, p. 633).

Anote-se que julgados recentes do Superior Tribunal de Justiça vêm ainda admitindo a possibilidade de alienação do usufruto ao nu-proprietário. Nesse caminho: "'A renúncia ao usufruto não importa fraude à execução, porquanto, a despeito de os frutos serem penhoráveis, o usufruto é direito impenhorável e inalienável, salvo para o nu-proprietário' (REsp 1.098.620/ SP, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, *DJe* 3/12/09). Agravo regimental não provido" (STJ, AgRg-REsp 1.214.732/RS, 1.ª Turma, Rel. Min. Benedito Gonçalves, j. 17.11.2011, *DJE* 22.11.2011). Em suma, essa primeira corrente parece ser a majoritária.

Para uma *segunda corrente doutrinária*, não é permitida, de forma absoluta, a referida alienação, pois a intenção do legislador de 2002 foi a de retirar tal possibilidade do sistema. Em suma, não é possível que o usufrutuário transmita sua condição de forma onerosa mesmo ao nu-proprietário, eis que o usufruto tem clara natureza personalíssima (*intuitu personae*). Essa é a opinião de Maria Helena Diniz (*Código*..., 2010, p. 969), Caio Mário da Silva Pereira (*Instituições*..., 2004, v. IV, p. 298), Marco Aurélio Bezerra de Melo (*Direito*..., 2007, p. 332-333), Pablo Stolze Gagliano (GAGLIANO, Pablo Stolze. *Código*..., 2004, v. XIII, p. 133-134), Jones Figueirêdo Alves e Mário Luiz Delgado (*Código*..., 2005, p. 706).

O presente autor está filiado à segunda corrente, por duas razões. *Primeiro*, pelo argumento do caráter personalíssimo do usufruto. *Segundo*, porque parece incompatível com a natureza do instituto

a transmissão da categoria, inclusive onerosa. Lembre-se de que o próprio Código Civil vedou a possibilidade de cobrança de novos laudêmios (art. 2.038), por seguir o entendimento da falta de ética na situação. A dedução deve ser a mesma no caso de usufruto. Com o devido respeito, não convence o argumento de que a intransmissibilidade absoluta do usufruto "tem sido considerada restrição excessiva", um "entrave à maximização do aproveitamento econômico do bem gravado com usufruto" (TEPEDINO, Gustavo; MORAIS, Maria Celina Bodin de; BARBOZA, Heloísa Helena. *Código*..., 2011, v. III, p. 812). Outros institutos podem preencher a citada *motivação econômica*, caso da locação.

6.4.4 Dos direitos e deveres do usufrutuário

Seguindo no estudo do instituto, o atual Código Civil – na linha do seu antecessor – estabelece quais são os direitos e os deveres do usufrutuário. Pela ordem da condição, são *direitos do usufrutuário*:

a) Direito à posse, uso, administração e percepção dos frutos (art. 1.394 do CC)

Tais direitos decorrem diretamente da natureza do usufruto, conforme estruturação demonstrada no início do tópico. A posse mencionada é a direta, eis que o usufrutuário tem o contato corpóreo com o bem. O uso permite a utilização livre do bem, com as devidas restrições encontradas na legislação. Como se extrai da clássica obra de Beviláqua, "A faculdade de administrar é inerente ao usufruto, para que a coisa usufruída possa ser utilizada, explorada e, no interesse do usufrutuário, aumentada a sua capacidade econômica" (BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das coisas*..., v. 1, p. 313).

A retirada dos frutos também é inerente à categoria. Cumpre lembrar que os frutos são bens acessórios que saem do principal sem diminuir sua quantidade. A regra abrange os frutos naturais, decorrentes da essência do bem principal, caso das frutas propriamente ditas. Inclui, ainda, os frutos industriais, decorrentes da atividade humana concreta, caso do cimento produzido por uma fábrica. Por fim, há os frutos civis, os rendimentos, caso dos juros de capital e dos aluguéis de imóvel. Não se pode esquecer que, por força do art. 1.393 do CC, o usufrutuário pode locar o bem a qualquer pessoa, inclusive ao nu-proprietário.

Quando o usufruto recai em títulos de crédito, o usufrutuário tem direito a perceber os frutos e a cobrar as respectivas dívidas, o que do mesmo modo decorre da própria natureza do direito real (art. 1.395, *caput*, do CC). Cobradas as dívidas, o usufrutuário aplicará, de imediato, a importância em títulos da mesma natureza, ou em títulos da dívida pública federal, com cláusula de atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos (art. 1.395, parágrafo único, do CC). A situação de retirada de frutos de títulos de crédito, caso de cheques e duplicatas, não é comum, mas é possível juridicamente. Assim, o usufrutuário tem direito aos juros de uma cártula, podendo cobrá-los do devedor. A hipótese é apontada como caso de *usufruto de direito* (GAGLIANO, Pablo Stolze. *Código*..., 2004, v. XIII, p. 140).

b) Salvo direito adquirido por outrem, o usufrutuário tem direito aos frutos naturais, pendentes ao começar o usufruto, sem encargo de pagar as despesas de produção desses frutos (art. 1.396, caput, *do CC*)

A norma complementa o teor do art. 1.394 do CC quanto aos frutos. Destaque-se que, além dos frutos, os produtos também são do usufrutuário: "frutos e produtos pertencem ao usufrutuário, que os colhe, sem haver necessidade de distinguir estas classes de utilidades" (BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das coisas*..., v. 1, p. 341). Lembre-se de que os produtos saem do bem principal diminuindo a sua quantidade.

Os frutos pendentes são aqueles que não foram colhidos. Ilustrando, iniciado o usufruto de uma fazenda repleta de laranjeiras com laranjas, o usufrutuário terá direito a recolhê-las e a consumi-las.

Porém, os frutos naturais, pendentes ao tempo em que cessa o usufruto, pertencem ao dono da coisa (nu-proprietário), também sem compensação das despesas (art. 1.396, parágrafo único, do CC). No exemplo acima, se ao término do usufruto as laranjeiras estiverem cheias de laranjas, serão do nu-proprietário.

Não se pode esquecer que, em ambos os casos, a colheita indevida dos frutos caracteriza a culpa, devendo responder aquele que a realizou quando o ato não era cabível. Percebe-se, pelas normas transcritas, que o usufrutuário tem *bônus e ônus*, na mesma proporção.

Norma aplicável à realidade rural ou agrária, enuncia o art. 1.397 do CC/2002 que as crias dos animais pertencem ao usufrutuário, deduzidas quantas bastem para inteirar as cabeças de gado existentes ao começar o usufruto, hipótese de compensação legal. Em suma, os bezerros que nascerem durante o usufruto servem para compensar os animais que se perderem durante o usufruto. Segue-se o clássico entendimento, segundo o qual se os novos animais se perderem sem culpa do usufrutuário, de modo que não possa ocorrer a citada compensação, ambas as partes sofrem o prejuízo (BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil*..., 1977, p. 1.186).

No tocante aos frutos civis, rendimentos privados, os vencidos na data inicial do usufruto pertencem ao proprietário. Já os vencidos na data em que cessa o usufruto pertencem ao usufrutuário (art. 1.398 do CC). Ilustrando, se o imóvel é locado pelo usufrutuário, os aluguéis colhidos durante o usufruto e os pendentes, por óbvio, lhe pertencem.

c) O usufrutuário tem o direito de usufruir em pessoa, ou mediante arrendamento, do prédio objeto do contrato (art. 1.399 do CC)

Como outra decorrência natural do usufruto, o usufrutuário pode exercer o direito de uso pessoalmente, ou transferir o bem, em locação ou arrendamento. No caso de imóvel urbano, levando-se em conta a sua destinação, aplica-se a Lei 8.245/1991. No caso de imóvel rural ou rústico, incidem o Estatuto da Terra (Lei 4.504/1964), a legislação agrária e o Código Civil, no que couber.

Porém, a parte final do comando em análise traz uma ressalva, eis que o usufrutuário não pode alterar sua destinação econômica, sem expressa autorização do proprietário. A regra vale para os casos de usufruto convencional, em que se estabelece qual é a finalidade da instituição. A ilustrar, se o imóvel tiver destinação residencial, para que passe a ter uma finalidade empresarial na locação de terceiro, há necessidade de autorização do nu-proprietário. Ou, ainda, o caso julgado da hipótese em que o usufrutuário deixou de explorar a criação de gado para exercer atividade agrícola (TJPR, Apelação Cível 0629633-3, Paranavaí, 17.ª Câmara Cível, Rel. Juiz Conv. Fabian Schweitzer, *DJPR* 24.03.2010, p. 191).

Segundo Maria Helena Diniz, o desrespeito a essa premissa gera o dever do usufrutuário em repor

as coisas na situação anterior ou então o dever de indenizar o nu-proprietário (*Código*..., 2010, p. 973). Todavia, não se pode desconsiderar a possibilidade de extinção do usufruto pela cessação do motivo que a origina, nos termos do art. 1.410, inc. IV, do CC/2002. Segue-se, então, a linha defendida por José Fernando Simão nas edições anteriores desta obra, opinando o jurista pela extinção do usufruto por resolução, havendo desrespeito à parte final do art. 1.399 da codificação (TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito civil*..., 2013, v. 4, p. 370). Destaque-se que existem julgados que entendem por tal possibilidade de extinção do usufruto (por todos: TJMG, APCV 1.0317.08.091322-9/002, Rel. Des. Pereira da Silva, j. 19.03.2013, *DJEMG* 05.04.2013).

Ato contínuo, a atual codificação privada elenca os *deveres do usufrutuário*, a saber:

a) O usufrutuário tem o dever de zelar pela coisa

Como decorrência natural do usufruto, o usufrutuário deve zelar pela coisa como se ela fosse sua. Para tanto, a doutrina, seja clássica ou contemporânea, utiliza a antiga figura do *bonus paterfamilias*, ou seja, do *bom chefe familiar* (BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das coisas*..., v. 1, p. 319-350 e VENOSA, Sílvio de Salvo. *Código*..., 2010, p. 1.263).

b) O usufrutuário, antes de assumir o usufruto, tem o dever de inventariar, à sua custa, os bens que receber, determinando o estado em que se acham, e de dar a caução usufrutuária, pessoal ou real, se essa for exigida pelo dono da coisa (art. 1.400 do CC)

De início, nota-se que o usufrutuário tem o dever de inventariar os bens que receber, ou seja, deve informar qual é o objeto do usufruto ao nu-proprietário, informando quais são e o estado de todos os bens usufruídos. Trata-se de verdadeira prestação de contas, que deve ser arcada pelo usufrutuário. Segundo Maria Helena Diniz, o inventário pode ser dispensado no caso de imóveis, se constar do próprio título do usufruto. Ainda segundo a autora, a ausência de tal inventário gera uma presunção relativa ou *iuris tantum* de que o usufrutuário recebeu os bens em bom estado de conservação (DINIZ, Maria Helena. *Código*..., 2010, p. 973). Como se vê, não há uma rígida obrigatoriedade nessa prestação de contas.

Quanto à caução ou garantia, essa visa a garantir a conservação e a entrega da coisa ao final do usufruto, conforme consta do próprio dispositivo legal. Essa caução é dispensada em relação ao doador que faz reserva de usufruto, em *usufruto deducto* (art. 1.400, parágrafo único, do CC). Como se extrai da norma, a caução pode ser real – caso de um penhor ou de uma hipoteca –, ou pessoal (fidejussória, caso de uma fiança). Obviamente, a garantia deve ser idônea, de modo a garantir o interesse relativo ao usufruto.

O usufrutuário que não quiser ou não puder dar caução suficiente, perderá o direito de administrar o usufruto. Em casos tais, os bens serão administrados pelo proprietário, que ficará obrigado, mediante caução, a entregar ao usufrutuário o rendimento deles, deduzidas as despesas de administração, entre as quais se incluirá a quantia fixada pelo juiz como remuneração do administrador (art. 1.401 do CC). Como se pode notar, a citada caução ou garantia não é obrigatória.

Deve ficar claro que o usufrutuário não é obrigado a pagar as deteriorações resultantes do exercício regular do usufruto (art. 1.402 do CC). A título de ilustração, ao fim do usufruto de um imóvel, o usufrutuário não tem o dever legal de devolvê-lo reparado de todas as deteriorações

suportadas no curso do usufruto. De igual modo, o nu-proprietário não pode cobrar tais valores. Como a norma é de ordem privada, não há qualquer óbice de se convencionar o contrário.

Ainda, não deverá o usufrutuário indenizar as deteriorações que decorrerem de caso fortuito (evento totalmente imprevisível) ou força maior (evento previsível, mas inevitável). Porém, em havendo culpa ou exercício irregular de direito a causar a deterioração da coisa, o usufrutuário terá que indenizar o proprietário, o que pode ser retirado da parte final do art. 1.400; bem como dos arts. 186, 187 e 927 do CC/2002, que tratam do ato ilícito e do dever de indenizar.

c) O usufrutuário tem o dever de pagar as despesas ordinárias de conservação dos bens, levando-se em conta o estado em que os recebeu (art. 1.403, inc. I, do CC)

Tais despesas ordinárias são naturais da posse direta e do uso da coisa, devendo caber, por óbvio, ao usufrutuário. Aplicando o preceito, vejamos interessante ementa do Tribunal Paulista, que serve como ilustração:

> "Imóvel doado à autora por seus pais, que reservaram para si o usufruto do bem. Ré casada com o usufrutuário, falecido em 2004, pelo regime patrimonial da separação obrigatória de bens. Realização de pintura, cujo preço foi acertado quando o usufrutuário ainda vivia, assim como a compra da maior parte dos materiais necessários à execução da obra. Usufruto em vigência. Aplicação do art. 1.403 do Código Civil. Impossibilidade de considerar indenizável a pintura da casa por ser obra de conservação do bem, realizada pelo usufrutuário, quando vigência o usufruto. Eventuais compras feitas somente com intuito de finalização da obra anteriormente encomendada. Impossibilidade de atribuir à autora qualquer obrigação de indenizar. Inexistência do direito de retenção da ré" (TJSP, Apelação 9130954-06.2008.8.26.0000, Acórdão 6684800, São Paulo, 10.ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. João Carlos Saletti, j. 23.04.2013, *DJESP* 10.05.2013).

Por outra via, estabelece a lei que incumbem ao nu-proprietário, e não ao usufrutuário, as *reparações extraordinárias da coisa* e as *reparações ordinárias não módicas* (art. 1.404 do CC). O mesmo comando ressalva que, em casos tais, o usufrutuário pagará ao nu-proprietário os juros do capital despendido com as reparações que forem necessárias à conservação, ou aumentarem o rendimento da coisa usufruída. São *consideradas reparações ordinárias não módicas* as despesas superiores a dois terços do líquido rendimento em um ano (§ 1.º).

Por fim, de acordo com o mesmo preceito, se o dono não fizer as reparações a que está obrigado, e que são indispensáveis à conservação da coisa, o usufrutuário pode realizá-las, cobrando daquele a importância despendida (§ 2.º).

d) O usufrutuário tem o dever de pagar as prestações e os tributos devidos pela posse ou rendimento da coisa usufruída (art. 1.403, inc. II, do CC)

De início, como prestações devidas pela posse do bem devem ser incluídas as despesas ordinárias de condomínio, conforme tem entendido a melhor jurisprudência, à qual se filia (TJRS, Apelação Cível 158212-32.2011.8.21.7000, Pelotas, 8.ª Câmara Cível, Rel. Des. Alzir Felippe Schmitz, j. 22.09.2011, *DJERS* 29.09.2011 e TJRJ, Apelação Cível 2006.001.65456, 20.ª Câmara Cível, Rel. Des. Joao Carlos Braga Guimaraes, j. 31.01.2007).

Como tributos que recaem sobre o bem, podem ser citados o IPTU – no caso de imóveis urbanos – e o ITR – para os imóveis rurais. O requisito fundamental para tal incidência tributária é a posse direta ou o rendimento sobre o bem, o que faz com que o dever recaia sobre o usufrutuário. Assim deduzindo: "A condição para que seja o usufrutuário responsável pelo pagamento dos tributos

incidentes sobre o imóvel, prevista no inciso II do art. 933 do CC/1916, é a posse ou o rendimento da coisa usufruída. Considerando que ao apelado foi reconhecido o direito de receber alugueres, que correspondem a rendimento da coisa usufruída, é responsável pelo pagamento dos tributos. Não provado o pagamento dos tributos pelo apelante, improcede o pedido de cobrança firmado contra o apelado" (TJMG, Apelação Cível 1.0024.06.130445-7/001, Rel. Des. Mota e Silva, j. 04.12.2012, *DJEMG* 11.12.2012).

Na mesma linha, julgado antigo do Superior Tribunal de Justiça, assim ementado: "Usufruto. Pagamento do IPTU. 1. O usufrutuário, que colhe os proveitos do bem, é o responsável pelo pagamento do IPTU, nos termos do art. 733, II, do Código Civil, na proporção de seu usufruto. 2. Recurso especial conhecido e provido" (STJ, REsp 203.098/SP, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, 3.ª Turma, j. 09.12.1999, *DJ* 08.03.2000, p. 106).

e) Se o usufruto recair em patrimônio, ou parte deste, será o usufrutuário obrigado aos juros da dívida que onerar o patrimônio ou a parte dele (art. 1.405 do CC)

Tal dever somente está presente em caso de usufruto que diz respeito à universalidade jurídica de bens (patrimônio, herança). Em havendo dívidas sobre esta, os juros estarão a cargo do usufrutuário. Exemplificando, se o usufruto recair sobre imóveis financiados que formam a universalidade, quem deve arcar com os juros contratados é aquele que tem a posse direta da coisa. Não havendo estipulação, os juros serão legais, na forma do art. 406 do CC/2002.

f) O usufrutuário é obrigado a dar ciência ao dono de qualquer lesão produzida contra a posse da coisa, ou os direitos deste (art. 1.406 do CC)

Trata-se de dever que decorre da boa-fé objetiva, do dever anexo de informação, que deve estar presente em qualquer relação privada. Vale lembrar que o usufrutuário pode fazer uso de qualquer um dos mecanismos possessórios para a defesa da coisa, por ser possuidor direito. Em casos tais, deverá comunicar o nu-proprietário sobre a propositura de ação de reintegração de posse, por exemplo.

Como se extrai da obra de Gustavo Tepedino, Maria Celina Bodin de Moraes e Heloísa Helena Barboza, pode ser encontrado antigo acórdão do Superior Tribunal de Justiça que reconheceu ao usufrutuário a possibilidade de ingressar até com ação reivindicatória (TEPEDINO, Gustavo; MORAIS, Maria Celina Bodin de. BARBOZA, Heloísa Helena. *Código*..., 2011, v. III, p. 828). A decisão foi assim ementada:

> "Usufruto. Ação proposta pelo usufrutuário, pleiteando a restituição do imóvel (lote), do qual foi despojado. 1. Legitimidade ativa para a ação reivindicatória. O usufrutuário tem as ações que defendem a posse e, no tempo petitório, ao lado da confessória, tem também a ação reivindicatória. Doutrina sobre o tema. Não ocorrência, no particular, de ofensa ao art. 524 do Cód. Civil, uma vez julgado precedente o pedido de reivindicação, com imissão na posse do imóvel. 2. Julgamento antecipado da lide. Caso em que, não havendo necessidade de outras provas, era, mesmo, de conhecimento direto do pedido. 3. Arbitramento de perdas e danos, pela irregular utilização do imóvel. Inexistência de ofensa ao art. 1.060 do Cód. Civil. 4. Recurso especial de que a turma deixou de conhecer" (STJ, REsp 28.863/RJ, Rel. Min. Nilson Naves, 3.ª Turma, j. 11.10.1993, *DJ* 22.11.1993, p. 24.947).

Com o devido respeito, não se filia ao entendimento transcrito. Pela estrutura do usufruto, antes explicada, somente o nu-proprietário tem o direito de reaver a coisa. Ademais, a ação confessória é própria da servidão, e não do usufruto.

g) Se a coisa usufrutuária estiver segurada, incumbe ao usufrutuário pagar, durante o usufruto, as contribuições do seguro (art. 1.407, caput, *do CC)*

Não há obrigatoriedade em se fazer o seguro da coisa usufruída. Todavia, se tal contrato for celebrado, o prêmio, contribuição paga pelo segurado, é considerado como despesa ordinária que decorre do uso, razão pela qual deve ser paga pelo usufrutuário.

Porém, feito o seguro pelo usufrutuário, caberá ao proprietário o direito dele resultante contra o segurador, ou seja, o direito de receber a indenização (art. 1.407, § 1.º). Isso porque a indenização ou capital segurado diz respeito à perda da coisa, ou seja, à essência da propriedade.

Em qualquer hipótese, o direito do usufrutuário fica sub-rogado no valor da indenização do seguro, hipótese de sub-rogação legal (art. 1.407, § 2.º). Não importa, em casos tais, quem contratou o seguro, conforme a unanimidade da doutrina consultada.

Se um imóvel sujeito a usufruto for destruído sem culpa do proprietário, não será este obrigado a reconstruí-lo. Além disso, o usufruto não será restabelecido se o proprietário reconstruir à sua custa o prédio. Porém, se a indenização do seguro for aplicada à reconstrução do prédio, haverá restabelecimento do usufruto (art. 1.408 do CC).

Ato contínuo, se a coisa objeto de usufruto for desapropriada, a indenização ou capital segurado ficará sub-rogada no ônus do usufruto, em lugar do prédio, ou seja, tais valores serão do usufrutuário enquanto supostamente vigente o instituto. Pelo mesmo art. 1.409 do CC, em havendo perda ou deterioração da coisa por ato de terceiro, terá direito o usufrutuário à indenização ou capital segurado de acordo com o seu direito e o dano sofrido.

Por derradeiro, cumpre destacar que o Código Civil não trata dos direitos e deveres do nu-proprietário. Para se chegar a eles, basta analisar quais são os direitos e deveres do usufrutuário, uma vez que, pela equivalência ou proporcionalidade das prestações existentes no usufruto, é possível identificar quais são as benesses e os ônus colocados sobre o dono da coisa.

6.4.5 Da extinção do usufruto

A encerrar o estudo do usufruto, é preciso visualizar as hipóteses de sua extinção, tratadas pelo art. 1.410 do CC/2002. Vejamos.

a) Extinção do usufruto pela renúncia do usufrutuário (art. 1.410, inc. I, do CC)

A renúncia é hipótese de resilição unilateral, exercida por parte do usufrutuário, nos termos do art. 473, *caput*, do próprio Código. Em suma, trata-se de um ato unilateral, que não depende da ciência ou concordância do nu-proprietário.

Conforme advertido por José Fernando Simão nas edições anteriores desta obra, diante da inalienabilidade do usufruto, não se admite a renúncia *in favorem*, ou seja, em benefício de determinada pessoa (TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito civil...*, 2013, v. 4, p. 372). Assim, pode-se afirmar que não se admite a renúncia translativa do usufruto.

A renúncia pode ser expressa ou tácita, devendo sempre ser inequívoca (DINIZ, Maria Helena. *Código...*, 2010, p. 978). A última conclusão decorre da regra segundo a qual a renúncia se interpreta restritivamente (art. 114 do CC).

Por fim, anote-se que a renúncia deverá ser feita por escritura pública quando se tratar de imóveis com valor superior a 30 salários mínimos, conforme determina o art. 108 da codificação.

b) Extinção do usufruto por morte do usufrutuário (art. 1.410, inc. I, do CC)

Diante do seu caráter personalíssimo ou *intuitu personae*, a morte do usufrutuário gera a extinção do direito real. A premissa vale, em regra, para o usufruto vitalício, uma vez que o usufruto temporário é extinto por seu termo final. A título de exemplo, no caso antes citado, de *planejamento sucessório*, sendo estipulado o usufruto para o cônjuge sobrevivente, a sua morte consolidará a propriedade plena aos filhos do casal.

A conclusão acima não obsta que o usufruto temporário também seja extinto pela morte do usufrutuário, caso o evento ocorra antes do termo final. Conforme a jurisprudência superior, "ocorrendo a extinção do usufruto, o nu-proprietário reveste-se do pleno domínio do imóvel, estando, portanto, apto a ajuizar ação de despejo em face da locatária" (STJ, REsp 736.954/ MG, Rel. Min. Laurita Vaz, 5.ª Turma, j. 24.04.2007, *DJ* 28.05.2007, p. 392). Esclareça-se que, em regra, tal legitimidade cabe ao usufrutuário, que tem o atributo de fruir, a englobar o direito de locar a coisa.

Deve ficar claro, mais uma vez, que a morte do nu-proprietário não gera a extinção do usufruto, seguindo o direito de propriedade, com o usufruto, aos seus sucessores. A confusão das hipóteses é comum, na teoria e na prática.

Em complemento, merece comentário o art. 1.411 do CC/2002, segundo o qual, constituído o usufruto em favor de duas ou mais pessoas (*usufruto simultâneo ou conjunto*), extinguir-se-á a parte em relação a cada uma das que falecerem. Isso, salvo se, por estipulação expressa, o quinhão desses couber ao sobrevivente. Pela norma, em regra, não há *direito de acrescer entre os usufrutuários*, ou seja, falecendo um deles, o seu direito não é consolidado ao nu-proprietário, mas aos herdeiros do falecido. Em resumo, há uma espécie de *consolidação parcial* da propriedade plena.

Porém, no ato de instituição do usufruto, pode constar o *direito de acrescer convencional, o que constitui exceção no sistema civil*. Exemplificando, se há usufruto de um imóvel em favor de dois usufrutuários (A e B), falecendo um deles (A), a sua quota de usufruto (50%), em regra, consolida-se ao nu-proprietário (C). Todavia, é possível convencionar que, falecendo um dos usufrutuários (A), o seu direito é transmitido ou acrescido ao do outro (B). Do mesmo modo, para ilustrar todas as deduções expostas, com conteúdo bem interessante, do Tribunal Paulista:

> "Prestação de contas. Ocorrência de doação de dois imóveis com instituição de usufruto vitalício em favor dos doadores. Morte de um dos usufrutuários. Hipótese de usufruto simultâneo, em que é possível que este sobreviva à morte de um dos usufrutuários. Inteligência do art. 740, do Código Civil de 1916 (a que corresponde o art. 1.411, do Código Civil de 2002). Direito de acrescer estipulado em relação a um dos imóveis, somando-se a parte ideal do falecido à parte da usufrutuária sobrevivente. Inocorrência de extinção do usufruto. Ausência, entretanto, de estipulação do direito de acrescer em relação ao outro imóvel. Extinção de 50% do usufruto verificada, consolidando-se nas mãos dos nus-proprietários. Plena legitimidade dos autores e interesse de agir deles em relação à quota parte do imóvel que foi consolidada nas mãos dos nus-proprietários. Extinção afastada nesta parte. Inteligência do art. 515, § 3.º, do Código de Processo Civil. Obrigação dos réus de prestar contas de valores recebidos e pagos aos autores evidenciada. Sucumbência recíproca caracterizada. Recurso parcialmente provido" (TJSP, Apelação com Revisão 324.701.4/7, Acórdão 4068740, Guariba, 1.ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Luiz Antonio de Godoy, j. 15.09.2009, *DJESP* 1.º.10.2009).

c) Extinção do usufruto pelo termo final de sua duração (dies ad quem) *ou vencimento do prazo,*

em havendo usufruto temporário (art. 1.410, inc. II, do CC)

A extinção pelo termo final somente se dá no caso de usufruto temporário. Repise-se que, eventualmente, o fim do usufruto poderá ocorrer antes mesmo do termo fixado, como no caso de morte do usufrutuário, o que ressalta a natureza personalíssima do instituto.

Apesar da falta de previsão expressa na lei, a doutrina entende ser possível a extinção do usufruto diante de uma condição resolutiva, o que conta com o apoio deste autor (TEPEDINO, Gustavo; BODIN DE MORAES, Maria Celina; BARBOZA, Heloísa Helena. *Código*..., 2011, v. III, p. 834; FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Curso*..., 2012, p. 844). A título de exemplo, imagine-se que o usufruto é instituído enquanto o usufrutuário prestar um serviço ao nu-proprietário. Se cessar a obrigação de fazer, o usufruto estará extinto e resolvido.

d) Extinção da pessoa jurídica, em favor de quem o usufruto foi constituído, ou, se ela perdurar, pelo decurso de 30 anos da data em que se começou a exercer (art. 1.410, inc. III, do CC)

No caso de ser a pessoa jurídica a beneficiada, o prazo máximo de duração do usufruto é de trinta anos, limite temporal esse que é o maior estabelecido na atual codificação, ao lado de outras previsões. Pela própria dicção legal, a extinção do usufruto poderá ocorrer em momento anterior, se a pessoa jurídica for extinta antes desse tempo.

Vale lembrar que o Código Civil de 1916 consagrava um prazo de cem anos na hipótese aqui estudada (art. 741). O *prazo secular* já era tido como exagerado pela doutrina clássica da codificação anterior, alvo de muitas críticas. A tendência atual é de redução dos prazos, diante de uma maior celeridade das informações na realidade contemporânea. Justamente por isso o Código Civil de 2002 reduziu o prazo geral de prescrição de vinte para dez anos. A redução dessa forma de extinção em cem para trinta anos segue tal tendência.

e) Extinção do usufruto pela cessação do motivo de que se origina (art. 1.410, inc. IV, do CC)

O Código Civil de 2002 substituiu a expressão “causa” por “motivo”, de forma correta. Isso porque a causa é uma razão objetiva do conteúdo da relação, sendo invariável. Já o motivo constitui um elemento subjetivo da causa, sendo variável. Sendo assim, o termo motivo constitui uma cláusula geral, um conceito legal indeterminado a ser preenchido caso a caso.

A título de ilustração, Maria Helena Diniz cita o usufruto a favor do pai sobre os bens do filho menor sob o poder familiar, havendo extinção do usufruto com a maioridade do filho, pois o direito real perde sua razão de ser (DINIZ, Maria Helena. *Código*..., 2010, p. 979).

Da jurisprudência, colaciona-se exemplo do Tribunal Mineiro com interessante conclusão: “Uma vez que o usufruto se extingue com a cessação do motivo que o origina, no caso em que o benefício foi instituído em acordo firmado em ação de alimentos, a fim de que os aluguéis da locação do imóvel fossem destinados ao sustento dos menores, netos da instituidora, a extinção ocorre perante as mesmas condições que levariam à extinção da obrigação de alimentos” (TJMG, Apelação Cível 1.0016.10.009887-6/001, Rel.ª Des.ª Heloisa Combat, j. 04.04.2013, *DJEMG* 10.04.2013).

f) Extinção do usufruto pela destruição da coisa (art. 1.410, inc. V, do CC)

Obviamente, se a coisa objeto do usufruto perecer, não há mais razão de ser para a sua

permanência, diante do desaparecimento do objeto. O comando aplica-se tanto aos bens móveis quanto aos imóveis.

O próprio dispositivo faz ressalva quanto às regras relativas ao seguro do bem objeto do usufruto, nos termos dos arts. 1.407 a 1.409 da codificação. Conforme antiga ementa do Tribunal do Rio de Janeiro, "o usufruto não se extingue com a destruição da coisa que estiver segurada, pois o Código Civil o transfere para a indenização proveniente do seguro. A usufrutuária está legitimada ao exercício da ação para demandar a reparação, mesmo que o seguro tenha sido pago pelo locatário. Cuidando-se de seguro do imóvel e de seu conteúdo, que pertencia ao então locatário e que por ele já foi indenizado, e não havendo nos autos prova segura do valor do prejuízo a ser reparado, deve o mesmo ser apurado em liquidação. Faz jus a usufrutuária também à indenização por perda de alugueres, na forma estipulada no contrato. Por essas indenizações, contudo, responde a seguradora só até o limite estabelecido na apólice. Sentença parcialmente reformada" (TJRJ, Apelação Cível 1572/1999, Rio de Janeiro, 13.ª Câmara Cível, Rel. Des. Nametala Machado Jorge, j. 08.04.1999).

A regra tem incidência nos casos de destruição total, subsumindo-se igualmente para as situações de destruição parcial que geram a perda da utilidade da coisa, dentro da ideia de função social.

g) Extinção pela consolidação (art. 1.410, inc. VI, do CC)

A extinção por *consolidação* está presente quando na mesma pessoa se confundem as qualidades de usufrutuário e proprietário. O termo é utilizado para explicar a hipótese de concentração dos quatro atributos da propriedade na mesma pessoa. Como primeiro exemplo, um pai doa imóvel ao filho com reserva de usufruto. Com o falecimento do pai, o filho, seu único sucessor, consolida a propriedade plena em seu nome. Ainda ilustrando, imagine-se que o usufrutuário adquire onerosamente a propriedade do bem.

Há quem entenda pela possibilidade de extinção do usufruto quando se aliena, ao mesmo tempo, a nua-propriedade e o usufruto a terceiro. Nesse sentido, julgado do Tribunal de Justiça do Paraná: "Agravo de instrumento. Ação de rescisão de contrato cumulada com reintegração de posse em fase de execução de acordo judicial. Escritura assinada a destempo devido a atraso na expedição de alvará. Fato que não pode ser imputado aos vendedores. Condição considerada cumprida. Extinção do usufruto ante a consolidação 'plena potestas'. Alienação da nua-propriedade e do usufruto concomitantemente. Possibilidade. Exegese do artigo 1.410, inciso VI, do Código Civil. Possibilidade. Recurso conhecido e provido" (TJPR, Agravo de Instrumento 0437572-6, Curitiba, 5.ª Câmara Cível, Rel. Des. Marco Antonio de Moraes Leite, *DJPR* 11.01.2008, p. 47).

O presente autor entende não ser possível tal forma de disposição concomitante, diante da inalienabilidade absoluta do usufruto retirada do art. 1.383 do CC/2002.

h) Extinção por culpa do usufrutuário (art. 1.410, inc. VII, do CC)

A extinção por culpa do usufrutuário está presente quando ele aliena, deteriora ou deixa arruinar os bens, não lhes acudindo com os reparos de conservação, ou quando, no usufruto de títulos de crédito, não dá às importâncias recebidas a aplicação prevista no parágrafo único do art. 1.395 do CC/2002.

A culpa mencionada deve ser entendida em sentido amplo, a englobar o dolo (intenção de causar

prejuízo) e a culpa em sentido estrito (imprudência, negligência ou imperícia). Além da extinção do usufruto, o usufrutuário passa a responder por perdas e danos. Essa culpa deve ser provada por quem a alega, devendo, ainda, ser pessoal, do próprio usufrutuário. Anote-se que o Tribunal de Justiça de São Paulo entendeu pela permanência do usufruto no caso de deterioração do imóvel causada por locatário, ou seja, por terceira pessoa (TJSP, Apelação 0001788-85.2010.8.26.0297, Acórdão 6597924, Jales, 7.ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Gilberto de Souza Moreira, j. 30.01.2013, *DJESP* 15.05.2013)

Há uma tendência jurisprudencial em ampliar a ideia de culpa para outras hipóteses, além das descritas no inciso em análise. Nessa linha, acórdão do Tribunal Gaúcho deduzindo pela extinção por desrespeito aos deveres básicos do usufrutuário, o que parece correto: "Apelação. Ação de extinção de usufruto. Inadimplência da usufrutuária, quanto às cotas condominiais e ao IPTU. Ajuizamento de ação de cobrança e de execução fiscal. No caso, sendo tais despesas de responsabilidade da usufrutuária, o inadimplemento implica em descumprimento ao disposto no art. 1.403 do Código Civil, além de configurar a hipótese do inciso VII do art. 1.410 do Código Civil, de modo que se justifica a extinção do usufruto. Precedentes jurisprudenciais. Apelação provida" (TJRS, Apelação Cível 70025896556, Porto Alegre, 20.ª Câmara Cível, Rel. Des. Niwton Carpes da Silva, j. 12.11.2008, *DOERS* 10.12.2008, p. 84).

Ou, ainda, podem ser citadas decisões do Tribunal de São Paulo aduzindo pela extinção do usufruto por culpa, quando o usufrutuário desrespeita direito de preferência de condômino pretendendo alienar o bem a terceiro (por todos: TJSP, Apelação 9128236-02.2009.8.26.0000, Acórdão 6284846, Regente Feijó, 10.ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Élcio Trujillo, j. 23.10.2012, *DJESP* 13.11.2012). Ressalte-se que o usufrutuário sequer tem esse direito de alienação.

Tal tendência de ampliação é salutar, pois a culpa pode estar relacionada a casos de maior gravidade do que consta do próprio comando estudado. De qualquer modo, a culpa pode ser mitigada frente a outros valores.

Encerra-se com elogiável *decisio* do Tribunal Paulista, que afastou a extinção do usufruto por culpa na falta de pagamento de tributos pelo usufrutuário. Segundo o relator, o jurista e magistrado José Luiz Gavião de Almeida, "No caso *sub examine*, o atraso nas quitações fiscais, já superado, foi explicado. E tristemente se sabe de dificuldades econômicas da mãe a quem a autora se volta, não com sentimento filial, mas sim materialista. A Justiça não pode se considerar satisfeita se o valor de sua decisão prestigia o econômico em conflito com o humano (Chain Perelman, in *Lógica jurídica*, 1998, p. 96). A Justiça, no caso *sub judice*, vê relação de duas grandezas: a sentimental e a econômica. A primeira é prevalente, diz respeito à família, à dignidade da pessoa humana. Não se configurou a hipótese do art. 1.410, inc. VIII, do CC, culpa de usufrutuária no diligenciar a quitação dos tributos. A causa foi a dificuldade econômica. É de origem romana o usufruto concedido ao *pater familias* sobre *bona adventitia* do *filius*. A autora rebelou-se contra a história" (TJSP, 9.ª Câmara de Direito Privado, Apelação 9150450-55.2007.8.26.0000, Jacareí, Rel. Des. José Luiz Gavião de Almeida, j. 17.01.2012, v.u.).

i) Extinção pelo não uso, ou não fruição, da coisa em que o usufruto recai (art. 1.410, inc. VIII, do CC)

Sobre tal previsão, determina o Enunciado n. 252 CJF/STJ, da *III Jornada de Direito Civil*, que

"A extinção do usufruto pelo não uso, de que trata o art. 1.410, inc. VIII, independe do prazo previsto no art. 1.389, inc. III, operando-se imediatamente. Tem-se por desatendida, nesse caso, a função social do instituto". Concorda-se com o enunciado doutrinário, que representa aplicação do princípio da função social da posse, fazendo prevalecer o requisito qualitativo sobre o quantitativo. Assim, não se filia à rígida aplicação do prazo geral de dez anos retirado do art. 205 (prazo geral de prescrição) ou do art. 1.389, inc. III (prazo de extinção da servidão). Essa opinião é compartilhada por Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (*Curso*..., 2012, p. 845) e Maria Helena Diniz (*Código*..., 2010, p. 979).

De toda sorte, ressalte-se que há outra corrente, majoritária, que entende pela incidência do prazo de dez anos, seja por um ou outro dispositivo. Assim pensam juristas como Gustavo Tepedino, Maria Celina Bodin de Moraes, Heloísa Helena Barboza (*Código*..., 2011, v. III, p. 837), Francisco Eduardo Loureiro (*Código*..., 2010, p. 1.479), Sílvio de Salvo Venosa (*Direito civil*..., 2007, v. 5, p. 459), Carlos Roberto Gonçalves (*Direito*..., 2010, v. 5, p. 503), Marco Aurélio S. Viana (*Comentários*..., 2003, v. XVI, p. 672) e Marco Aurélio Bezerra de Melo (*Direito*..., 2007, p. 350). Nesse mesmo sentido, da jurisprudência mineira: TJMG, Apelação Cível 1.0395.04.006172-7/0011, Manhumirim, 15.ª Câmara Cível, Rel. Des. Wagner Wilson, j. 13.03.2008, *DJEMG* 09.04.2008. Como se vê, a questão é polêmica.

Em complemento, esse não uso deve ser inequívoco, não se podendo presumir o abandono do bem. Nesse trilhar, decisão do Tribunal Gaúcho: "Apelação cível. Ação de extinção de usufruto julgada improcedente. Alegação de abandono da coisa e não uso pelo usufrutuário. Para que o não exercício do usufruto dê motivo a sua extinção há mister resulte claro e provado o abandono da coisa ou o intento de renúncia do usufrutuário a ela. Na hipótese dos autos as circunstâncias de que se têm notícia longe estão, a meu sentir, de configurar prova de demissão por parte do réu do *animus* do exercício do usufruto. Sentença mantida. Apelo desprovido. Unânime" (TJRS, Apelação Cível 424781-31.2011.8.21.7000, Canoas, 20.ª Câmara Cível, Rel. Des. Rubem Duarte, j. 12.09.2012, *DJERS* 24.09.2012).

Por derradeiro, não se olvide que, em todos os casos acima apontados, a extinção do usufruto relacionado a bens imóveis somente ocorrerá com o cancelamento do registro perante o Cartório de Registro de Imóveis, nos termos do art. 167, inc. I, n.º 7, da Lei de Registros Públicos (Lei 6.015/1973).

6.5 DO USO

O direito real de uso pode ser constituído de forma gratuita ou onerosa, havendo a cessão apenas do atributo de utilizar a coisa, seja ela móvel ou imóvel (o U do GRUD). Por isso se justifica as nomenclaturas *usufruto anão, nanico* ou *reduzido*, utilizadas tanto pela doutrina clássica quanto pela contemporânea. A transmissão de atributos dominiais, como se nota, é menor do que ocorre no usufruto.

São partes do direito real em comento: *a)* o *proprietário*, aquele que faz a cessão real da coisa; e *b)*o *usuário*, que tem o direito personalíssimo de uso ou utilização da coisa. Recaindo sobre imóvel, o direito real de uso deve ser registrado no Cartório de Registro de Imóveis (art. 167, I, n. 7, da Lei 6.015/1973). A natureza real da categoria, com efeitos *erga omnes*, diferencia o instituto da locação.

Na prática, rara é a sua ocorrência. Para ilustrar, pode ser citada a cessão real de uso de jazigos em cemitérios, conforme o antigo julgado a seguir:

"Civil. Ação de cobrança. Cessão de direito real de uso de jazigo perpétuo. Obrigação contratual do cessionário de pagar as taxas anuais de manutenção do cemitério. Exigência descabida da construção antecipada de jazigos. Ação procedente. Reconvenção improcedente. I – Não há cerceamento de defesa, se o fato é confessado pela parte adversa, sendo, porém, considerado irrelevante para o deslinde da causa. II – Tendo a cessionária pago durante muitos anos seguidos a taxa de manutenção, não pode agora recusá-la, dando ao contrato interpretação diversa, sob pena de comportamento contraditório. III – Não pode ser considerada inadimplida a obrigação ainda inexigível" (TJPR, Apelação Cível 0053038-1, Acórdão 16739, Curitiba, 2.ª Câmara Cível, Rel. Juiz Conv. Munir Karam, *DJPR* 29.11.1999).

Mais recentemente, do Superior Tribunal de justiça, acórdão que reconhece a presença do direito real e determina, ainda, a incidência do Código de Defesa do Consumidor, em *diálogo das fontes:*

"Recurso especial. Ação civil pública. Ministério Público. Direito funerário e do consumidor. Cemitério particular. Contrato de cessão do uso de jazigos e prestação de outros serviços funerários. Aplicabilidade do CDC reconhecida. Limitação da multa moratória em 2%. Restituição simples da quantia indevidamente cobrada. I – Inexistência de violação ao art. 535 do CPC. II – Legitimidade do Ministério Público para o ajuizamento de ação civil pública visando à defesa de interesses e direitos individuais homogêneos pertencentes a consumidores, decorrentes, no caso, de contratos de promessa de cessão e concessão onerosa do uso de jazigos situados em cemitério particular. III – Inteligência do art. 81, par. único, III, do CDC. Precedente específico da Quarta Turma deste Superior Tribunal de Justiça. IV – Aplicabilidade do Código de Defesa e Proteção do Consumidor à relação travada entre os titulares do direito de uso dos jazigos situados em cemitério particular e a administradora ou proprietária deste, que comercializa os jazigos e disponibiliza a prestação de outros serviços funerários. V – Inteligência dos arts. 2.º e 3.º do CDC. Precedentes proferidos em casos similares. VI – Distinção do caso apreciado no Recurso Especial 747.871/RS, em que a Egrégia Quarta Turma deste Superior Tribunal de Justiça afirmou a inaplicabilidade do CDC diante do 'ato do Poder Público que permite o uso de cemitério municipal'. Doutrina. VII – Limitação, a partir da edição da Lei 9.298/96, que conferiu nova redação ao art. 52, § 1.º, do CDC, em 2% da multa de mora prevista nos contratos em vigor e nos a serem celebrados entre a recorrente e os consumidores de seus serviços. VIII – Doutrina. Precedente da Terceira Turma. IX – Restituição simples das quantias indevidamente cobradas, tendo a cobrança, nos termos do par. único do art. 42 do CDC, derivado de 'engano justificável'. X – Redistribuição do ônus relativo ao pagamento das custas processuais, prejudicada a apreciação da violação do art. 21 do CPC. XI – Recurso especial provido em parte" (STJ, REsp 1.090.044/SP, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, 3.ª Turma, j. 21.06.2011, *DJe* 27.06.2011).

Conforme o art. 1.412 do CC/2002, o usuário utilizará a coisa e perceberá os seus frutos, quanto o exigirem as necessidades suas e de sua família. Assim, a fruição somente é possível para atender às necessidades básicas da família, o que está em sintonia com a ideia de patrimônio mínimo, tão defendida pela doutrina contemporânea, caso de Luiz Edson Fachin. Levam-se em conta as necessidades pessoais do usuário conforme a sua condição social e o lugar onde viver (§ 1.º). Para tanto, a lei considera como componentes da família o cônjuge do usuário, os seus filhos solteiros e as pessoas do seu serviço doméstico (§ 2.º).

A última norma é totalmente superada pela ampliação do conceito de família percebida nos últimos anos. A superação é notada, inicialmente, pela injustificada menção ao companheiro ou convivente, que goza de proteção constitucional (art. 226, § 3.º, da CF/1988).

Ademais, conforme reconheceu o Ministro Luis Felipe Salomão, em notório julgado sobre o casamento homoafetivo, "Inaugura-se com a Constituição Federal de 1988 uma nova fase do direito de família e, consequentemente, do casamento, baseada na adoção de um explícito poliformismo familiar em que arranjos multifacetados são igualmente aptos a constituir esse núcleo doméstico chamado 'família', recebendo todos eles a 'especial proteção do Estado'. Assim, é bem de ver que, em 1988, não houve uma recepção constitucional do conceito histórico de casamento, sempre considerado como via única para a constituição de família e, por vezes, um ambiente de subversão

dos ora consagrados princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana. Agora, a concepção constitucional do casamento – diferentemente do que ocorria com os diplomas superados – deve ser necessariamente plural, porque plurais também são as famílias e, ademais, não é ele, o casamento, o destinatário final da proteção do Estado, mas apenas o intermediário de um propósito maior, que é a proteção da pessoa humana em sua inalienável dignidade" (STJ, REsp 1.183.378/RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4.ª Turma, j. 25.10.2011, *DJe* 01.02.2012).

Merece destaque o conceito de família, em sentido genérico, desenvolvido por Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, no sentido de tratar-se de "um núcleo existencial integrado por pessoas unidas por um vínculo socioafetivo, teleologicamente vocacionada a permitir a realização plena dos seus integrantes" (*Novo curso*..., 2011, p. 45). Na esteira desses entendimentos, leis recentes trazem conceitos ampliados de família, havendo séria dúvida se tais construções devem ser utilizadas apenas nos limites das próprias legislações ou para todos os efeitos jurídicos.

De início, a Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006) dispõe no seu art. 5.º, II, que se deve entender como família a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa. Na mesma linha, a Nova Lei da Adoção (Lei 12.010/2009) consagra o conceito de família extensa ou ampliada, que vem a ser aquela que se estende para além da unidade de pais e filhos ou da unidade do casal, formada por parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade (alteração do art. 25 do Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei 8.069/1990).

Como se pode notar, as novas categorias valorizam o afeto, a interação existente entre as pessoas no âmbito familiar, evidenciando a superação do art. 1.412, § 2.º, da atual codificação.

Ato contínuo de estudo, determina o art. 1.413 do CC/2002 a aplicação ao uso, por analogia, das mesmas regras do usufruto, desde que não sejam com ele incompatíveis. Assim, por exemplo, incidem os mesmos casos de extinção por último estudados (art. 1.410 do CC).

Por fim, como se verá, a Lei 11.481/2007 incluiu no art. 1.225 do Código Civil outras hipóteses de concessão real do uso do bem, categorias que ainda serão estudadas no presente capítulo.

6.6 DA HABITAÇÃO

O direito real de habitação constitui o mais restrito dos direitos reais de fruição, eis que apenas é cedida uma parte do atributo de usar, qual seja, o direito de habitar o imóvel (fração do U do GRUD). São partes da habitação: *a)*o *proprietário*, que transmite o direito; e *b)*o *habitante*, que tem o direito de moradia em seu benefício.

Tal direito real pode ser *legal* ou *convencional*, decorrendo o último de ato *inter vivos* ou testamento. Recaindo sobre imóvel, o direito real de habitação convencional deve ser registrado no Cartório de Registro de Imóveis (art. 167, I, n. 7, da Lei 6.015/1973), norma que não se aplica ao direito de habitação legal que decorre do Direito das Sucessões.

Quanto ao *direito real de habitação legal*, o art. 1.831 do CC/2002 reconhece ao cônjuge sobrevivente, seja qual for o regime de bens do casamento, a prerrogativa relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único daquela natureza a inventariar. Na esteira da melhor jurisprudência, não importa se o imóvel é comum ou exclusivo do falecido, reconhecendo-

se o direito real em ambos os casos (STJ, REsp 826.838/RJ, 3.ª Turma, Rel. Min. Castro Filho, j. 25.09.2006, *DJU* 16.10.2006, p. 373).

A norma visa a proteger o *direito de moradia* do cônjuge, direito fundamental reconhecido pelo art. 6.º da Constituição Federal. Em sintonia com o comando, reafirme-se a célebre tese do *patrimônio mínimo*, de Luiz Edson Fachin, pela qual se deve assegurar à pessoa um mínimo de direitos patrimoniais para a manutenção de sua dignidade (FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto*...,2001). Leciona Zeno Veloso que tal direito real de habitação é personalíssimo, tendo como destinação específica a moradia do titular, que não poderá emprestar ou locar o imóvel a terceiro. Aponta ainda o jurista paraense não parecer justo manter tal direito se o cônjuge constituir nova família (VELOSO, Zeno. *Código*..., 2008, p. 2.018).

Com o devido respeito às lições, em casos excepcionais, este autor entende que as duas regras podem ser quebradas, aplicando-se a *ponderação* a favor da moradia. De início, imagine-se que o cônjuge loca esse imóvel por questão de necessidade mínima, utilizando o aluguel do imóvel para a locação de outro, destinado para a sua moradia. Em casos tais, entende o presente autor que o direito pode ser mantido, conforme já decidiu, analisando socialmente a questão o Tribunal Gaúcho:

> "Agravo Interno. Agravo de Instrumento. Decisão monocrática. Inventário. Bem locado. Direito real de aquisição do cônjuge sobrevivente. Ainda que o cônjuge não resida no imóvel, sendo este o único bem, possui direito real de habitação. Estando o imóvel locado, e sendo o valor dos aluguéis utilizados na subsistência do cônjuge, o valor deve ser auferido integralmente pelo cônjuge. Deram Parcial Provimento" (TJRS, Agravo 70027892637, Caxias do Sul, 8.ª Câmara Cível, Rel. Des. Rui Portanova, j. 12.03.2009, *DOERS* 20.03.2009, p. 40).

No que toca à constituição de nova família, vislumbra-se a hipótese em que o cônjuge habitante não tem boas condições financeiras, ao contrário dos outros herdeiros, descendentes, que são inclusive proprietários de outros imóveis. Seria justo desalojar o cônjuge pelo simples fato de constituir nova família? Este autor entende que não, ponderando-se a favor da moradia e da família.

Ainda com o fito de tutela da pessoa humana, merece críticas o Enunciado n. 271 CJF/STJ, da *III Jornada de Direito Civil*, pelo qual: "O cônjuge pode renunciar ao direito real de habitação, nos autos do inventário ou por escritura pública, sem prejuízo de sua participação na herança". Na opinião deste autor, o direito real de habitação é irrenunciável, por envolver a consagração do direito fundamental à moradia nas relações privadas (art. 6.º da CF/1988). Repise-se que, nessa linha, a jurisprudência do STJ entende que o bem de família, pela mesma razão, é irrenunciável (ver, por todos: STJ, AgRg-Ag 426.422/PR, 3.ª Turma, Rel. Des. Conv. Paulo Furtado, j. 27.10.2009, *DJE* 12.11.2009 e AgRg-Ag 1.114.259/RS, 3.ª Turma, Rel. Min. Sidnei Beneti, j. 26.05.2009, *DJE* 08.06.2009).

A despeito de ter a atual codificação privada consagrado expressamente o direito real de habitação do cônjuge, não o fez quanto ao companheiro. Todavia, apesar do silêncio do legislador, prevalece o entendimento pela manutenção de tal direito sucessório. Nesse sentido, o Enunciado n. 117 CJF/STJ, da *I Jornada de Direito Civil*: "o direito real de habitação deve ser estendido ao companheiro, seja por não ter sido revogada a previsão da Lei n. 9.278/1996, seja em razão da interpretação analógica do art. 1.831, informado pelo art. 6.º, *caput*, da CF/1988".

Como se nota, dois são os argumentos que constam do enunciado doutrinário. O primeiro é que não houve a revogação expressa da Lei 9.278/1996, na parte que tratava do citado direito real de

habitação. De acordo com o seu art. 7.º, parágrafo único, "Dissolvida a união estável por morte de um dos conviventes, o sobrevivente terá direito real de habitação, enquanto viver ou não constituir nova união ou casamento, relativamente ao imóvel destinado à residência da família". O segundo argumento, mais forte, é a prevalência do citado direito diante da proteção constitucional da moradia, retirada do art. 6.º da CF/1988, o que está em sintonia com o Direito Civil Constitucional. Assim, aplica-se, por analogia, a regra do art. 1.831 do CC, equalizando-se o tratamento do cônjuge e do companheiro.

De fato, esse entendimento prevalece na doutrina nacional. Em *tabela doutrinária* desenvolvida por Francisco Cahali, assim deduzem Christiano Cassettari, Giselda Hironaka, Guilherme Calmon Nogueira da Gama, Gustavo René Nicolau, Jorge Fujita, José Fernando Simão, Luiz Paulo Vieira de Carvalho, Maria Berenice Dias, Maria Helena Diniz, Maria Helena Daneluzzi, Rodrigo da Cunha Pereira, Rolf Madaleno, Sebastião Amorim, Euclides de Oliveira, Sílvio de Salvo Venosa e Zeno Veloso; além do autor desta obra (CAHALI, Francisco José. *Direito*..., 2007, p. 189-192).

Não é diferente a conclusão da jurisprudência, havendo inúmeros julgados que concluem pela manutenção do direito real de habitação a favor do companheiro (por todos: STJ, REsp 821.660/DF, 3.ª Turma, Rel. Min. Sidnei Beneti, j. 14.06.2011, v.u.; TJSP, Agravo de Instrumento 990.10.007582-9, Acórdão 4569452, Araçatuba, 1.ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. De Santi Ribeiro, j. 29.06.2010, *DJESP* 28.07.2010; TJRS, Apelação Cível 70029616836, Porto Alegre, 7.ª Câmara Cível, Rel. Des. André Luiz Planella Villarinho, j. 16.12.2009, *DJERS* 06.01.2010, p. 35; TJDF, Recurso 2006.08.1.007959-5, Acórdão 355.521, 6.ª Turma Cível, Rel.ª Des.ª Ana Maria Duarte Amarante Brito, *DJDFTE* 13.05.2009, p. 145; TJSP, Apelação 573.553.4/2, Acórdão 4005883, Guarulhos, 4.ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Ênio Santarelli Zuliani, j. 30.07.2009, *DJESP* 16.09.2009; TJSP, Apelação com Revisão 619.599.4/5, Acórdão 3692033, São Paulo, 6.ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Percival Nogueira, j. 18.06.2009, *DJESP* 14.07.2009).

De toda sorte, a conclusão não é unânime, pois há quem entenda que tal direito não persiste mais, tendo o legislador feito *silêncio eloquente*: Francisco José Cahali, Inácio de Carvalho Neto e Mário Luiz Delgado. No mesmo sentido podem ser encontrados alguns julgados (cite-se: TJSP, Apelação 991.06.028671-7, Acórdão 4621644, São Paulo, 22.ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Campos Mello, j. 26.07.2010, *DJESP* 12.08.2010 e TJSP, Apelação com Revisão 473.746.4/4, Acórdão 4147571, Fernandópolis, 7.ª Câmara de Direito Privado B, Rel.ª Des.ª Daise Fajardo Nogueira Jacot, j. 27.10.2009, *DJESP* 10.11.2009).

O caráter gratuito da habitação é claro no art. 1.414 do CC/2002, pelo qual o titular deste direito não a pode alugar, nem emprestar, mas simplesmente ocupá-la com sua família. Eventual desrespeito a essa norma acarreta a retomada do imóvel, por desvio de função. Ademais, a norma deixa claro o caráter personalíssimo da categoria (*intuitu personae*), não sendo possível ceder o direito a terceiros, eis que o instituto visa à moradia específica do beneficiado.

Dessa forma, não é viável juridicamente que o habitante institua um benefício semelhante em favor de terceiro, sendo proibido o *direito real de habitação de segundo grau*. Como a norma é de ordem pública, não cabe previsão em contrário no instrumento de instituição, sob pena de *nulidade virtual* (art. 166, VII, segunda parte, do CC). Julgando desse modo:

"Agravo retido. Decisão que deferiu liminar de reintegração de posse. Presença dos requisitos. Manutenção da sentença de

procedência, ademais, que corrobora a liminar deferida. Perda de objeto. Agravo retido não conhecido. Possessória. Ação de reintegração de posse de imóvel urbano. Alegação do réu no sentido de ser possuidor de boa-fé, tendo ele locado o imóvel da possuidora direta, que detém direito real de habitação. Invalidade do contrato de locação, tendo em vista as expressas vedações do artigo 1.414 do Código Civil, que obsta a cessão do direito real de habitação. Sentença mantida por seus próprios fundamentos. Art. 252 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça. Recurso improvido" (TJSP, Apelação 9207183-41.2007.8.26.0000, Acórdão 5657154, São Paulo, 16.ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Jovino de Sylos Neto, j. 08.11.2011, *DJESP* 13.03.2012).

Em havendo *direito real de habitação simultâneo*, conferido a mais de uma pessoa, qualquer delas que sozinha habite a casa não terá de pagar aluguel à outra, ou às outras, o que ressalta o seu caráter gratuito (art. 1.415 do CC/2002). Porém, esse habitante exclusivo não pode as inibir de exercerem, querendo, o direito, que também lhes compete, de habitá-la. Em suma, é possível o *compartilhamento compulsório do imóvel*.

Por fim, são aplicáveis à habitação, no que não for contrário à sua natureza, as disposições relativas ao usufruto (art. 1.416 do CC). Desse modo, cabem as formas de extinção previstas pelo art. 1.410 do CC. Ressalve-se que, para o Superior Tribunal de Justiça, a renúncia ao direito de usufruto não atinge o direito real de habitação, conclusão que tutela a moradia: "Direito real de habitação. Art. 1.611, § 2.º, do CC de 1916. Usufruto. Renúncia do usufruto: repercussão no direito real de habitação. Registro imobiliário do direito real de habitação. Precedentes da Corte. 1. A renúncia ao usufruto não alcança o direito real de habitação, que decorre de lei e se destina a proteger o cônjuge sobrevivente mantendo-o no imóvel destinado à residência da família. 2. O direito real de habitação não exige o registro imobiliário" (STJ, REsp 565.820/PR, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, 3.ª Turma, j. 16.09.2004, *DJ* 14.03.2005, p. 323).

6.7 DAS CONCESSÕES ESPECIAIS DE USO E PARA FINS DE MORADIA. NOVOS DIREITOS REAIS DE GOZO OU FRUIÇÃO INTRODUZIDOS PELA LEI 11.481/2007 NO CC/2002

Como visto, a Lei 11.481/2007 introduziu dois novos direitos reais de gozo ou fruição relativos a imóveis no art. 1.225 do CC/2002: a concessão de uso especial para fins de moradia (inc. XI) e a concessão de direito real de uso (inc. XII). Tais direitos reais referem-se a áreas públicas, geralmente invadidas e *urbanizadas* por favelas. Houve um claro intuito de *regularização jurídica* das áreas favelizadas, dentro da política de reforma urbana, para que a situação de *antidireito* passe a ser tratada pelo Direito.

De início, a *concessão de direito real de uso* já constava do arts. 7.º e 8.º do Decreto-lei 271/1967 com as alterações da Lei 11.481/2007. Enuncia a primeira norma, em seu *caput*, que é instituída a concessão de uso de terrenos públicos ou particulares remunerada ou gratuita, por tempo certo ou indeterminado, como direito real resolúvel, para fins específicos de regularização fundiária de interesse social, urbanização, industrialização, edificação, cultivo da terra, aproveitamento sustentável das várzeas, preservação das comunidades tradicionais e seus meios de subsistência ou outras modalidades de interesse social em áreas urbanas.

Conforme se sustentava nas edições anteriores desta obra, essa concessão de uso tem natureza híbrida, com características da superfície e do direito real de uso, posição que é compartilhada por Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (*Curso*..., 2012, p. 850). De toda sorte, frise-se que a concessão é feita pelo Poder Público. Por todas essas peculiaridades, o presente autor prefere

utilizar o termo *concessão especial de uso*.

A concessão de uso poderá ser contratada, por instrumento público ou particular, ou por simples termo administrativo firmado pelo órgão estatal. Tal documento será inscrito em livro especial, no Cartório de Registro de Imóveis (art. 7.º, § 1.º, do Decreto-lei 271/1967). Desde a inscrição da concessão de uso, o concessionário fruirá plenamente do terreno para os fins estabelecidos no instrumento de constituição, e responderá por todos os encargos civis, administrativos e tributários que venham a incidir sobre o imóvel e suas rendas, caso de impostos prediais (art. 7.º, § 2.º, do Decreto-lei 271/1967).

A concessão será resolvida antes de seu termo final, se o concessionário der ao imóvel destinação diversa da estabelecida no instrumento de concessão, ou descumpra cláusula resolutória do ajuste, perdendo, nesse caso, as benfeitorias de qualquer natureza que tenha introduzido no imóvel (art. 7.º, § 3.º, do Decreto-lei 271/1967). A título de exemplo, imagine-se que a concessão visa a prestação de serviços comunitários, passando o usuário a desenvolver atividade empresarial lucrativa. A regra é semelhante à prevista para a superfície, tratada pelo art. 1.374 do CC/2002.

A concessão de uso, salvo disposição em contrário no instrumento, transfere-se por ato *inter vivos*, ou por sucessão legítima ou testamentária, como os demais direitos reais sobre coisas alheias, registrando-se a transferência no Cartório de Registro de Imóveis (art. 7.º, § 4.º, do Decreto-lei 271/1967). Nota-se, portanto, que a categoria não tem caráter personalíssimo ou *intuitu personae*, ao contrário do usufruto e do direito real de uso tratado pela codificação. Assim, fica em xeque a expressão "como os demais direitos reais sobre coisas alheias", uma vez que alguns direitos reais de gozo ou fruição não admitem a livre transmissão.

O § 5.º do mesmo art. 7.º exige a anuência prévia de entes estatais para a efetivação da concessão, por claro interesse público, nos seguintes moldes: *a)* do Ministério da Defesa e dos Comandos da Marinha, do Exército ou da Aeronáutica, quando se tratar de imóveis que estejam sob sua administração; e *b)* do Gabinete de Segurança Institucional da Presidência de República, nos casos de áreas indispensáveis à segurança do território nacional, especialmente localizadas na faixa de fronteira e as relacionadas com a preservação e a exploração dos recursos naturais de qualquer tipo. Destaque-se que os comandos foram incluídos também pela Lei 11.481, de 2007, diante dos superiores interesses envolvidos.

Por fim, o art. 8.º do Decreto-lei 271/1967 enuncia que é permitida a concessão de uso do espaço aéreo sobre a superfície de terrenos públicos ou particulares, tomada em projeção vertical, nos termos e para os fins do instituto. O preceito aproxima o instituto da superfície tratada pelo Estatuto da Cidade, nos termos do seu art. 21, § 1.º.

Por outra via, a *concessão de uso especial para fins de moradia* consta da Medida Provisória 2.220/2001, que ainda continua em tramitação. Dispõe a dita MP, em seu art. 1.º, que "aquele que, até 30 de junho de 2001, possuiu como seu, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, até duzentos e cinquenta metros quadrados de imóvel público situado em área urbana, utilizando-o para sua moradia ou de sua família, tem o direito à concessão de uso especial para fins de moradia em relação ao bem objeto da posse, desde que não seja proprietário ou concessionário, a qualquer título, de outro imóvel urbano ou rural". Apesar da similaridade, não se trata de usucapião urbana, pois o instituto recai sobre bens públicos, que não admitem tal forma de aquisição originária.

A natureza da categoria é de uma cessão de moradia próxima ao direito real de habitação. Porém, há algumas pecularieda des, acima descritas, relativas aos requisitos do imóvel público. Em reforço, como se verá, o instituto não é personalíssimo, ao contrário do que ocorre com a habitação.

Conforme o § 1.º do preceito, a concessão de uso especial para fins de moradia será conferida de forma gratuita ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil. A norma deve ser atualizada, a incluir casais homoafetivos. Tal direito não será reconhecido ao mesmo concessionário mais de uma vez (§ 2.º). Admite-se a soma de posses ou *accessio possessionis*, ou seja, o herdeiro legítimo continua, de pleno direito, na posse de seu antecessor, desde que já resida no imóvel por ocasião da abertura da sucessão (§ 3.º). Mais uma vez, observa-se a repetição de regras semelhantes à usucapião constitucional ou especial urbana.

O art. 2.º da MP admite a *concessão de uso especial para fins de moradia coletiva*. A categoria vale para os imóveis com mais de duzentos e cinquenta metros quadrados, que, até 30 de junho de 2001, estivessem ocupados por população de baixa renda para sua moradia, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, onde não era possível identificar os terrenos ocupados por possuidor. A concessão só é viável se os possuidores não forem proprietários ou concessionários, a qualquer título, de outro imóvel urbano ou rural. Mais uma vez, evidenciam-se similaridades com a usucapião, agora com a modalidade urbana coletiva, tratada pelo art. 10 do Estatuto da Cidade.

Os três parágrafos da norma trazem regras complementares importantes. De início, admite-se a soma de posses ou *accessio possessionis*, pois o possuidor pode, para o fim de contar o prazo exigido por este artigo, acrescentar sua posse à de seu antecessor, contanto que ambas sejam contínuas. Ademais, nessa concessão de uso para moradia coletiva, será atribuída igual fração ideal de terreno a cada possuidor, independentemente da dimensão do terreno que cada um ocupe, salvo hipóteses de acordo escrito entre os ocupantes, estabelecendo frações ideais diferenciadas. Por fim, a fração ideal atribuída a cada possuidor não poderá ser superior a duzentos e cinquenta metros quadrados.

As concessões de moradia, individual e coletiva, serão garantidas igualmente aos ocupantes, regularmente inscritos, de imóveis públicos, com até duzentos e cinquenta metros quadrados, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, que estejam situados em área urbana, na forma do regulamento (art. 3.º da MP). Porém, com razão, se a ocupação acarretar risco à vida ou à saúde dos ocupantes, o Poder Público garantirá ao possuidor o exercício do direito dessas concessões em outro local (art. 4.º da MP).

A solução de concessão da moradia em outro local também é facultada ao Poder Público na hipótese de ocupação de imóvel: *a)* de uso comum do povo; *b)* destinado a projeto de urbanização; *c)* de interesse da defesa nacional, da preservação ambiental e da proteção dos ecossistemas naturais; *d)* reservado à construção de represas e obras congêneres; ou *e)* situado em via de comunicação. Como se nota, todos os casos listados nesse art. 5.º da MP envolvem interesses coletivos, de ordem pública.

O título de concessão de uso especial para fins de moradia será obtido pela *via administrativa*, perante o órgão competente da Administração Pública ou, em caso de recusa ou omissão deste, *pela via judicial*. No âmbito administrativo, a Administração Pública terá o prazo máximo de doze meses para decidir o pedido formulado pelo requerente da concessão, contado da data de seu protocolo. Na hipótese de bem imóvel da União ou dos Estados, o interessado deverá instruir o requerimento de

concessão de uso especial para fins de moradia com certidão expedida pelo Poder Público municipal, que ateste a localização do imóvel em área urbana e a sua destinação para moradia do ocupante ou de sua família. Em caso de necessidade de ação judicial, a concessão de uso especial para fins de moradia será declarada pelo juiz, mediante sentença. O título conferido por via administrativa ou por sentença judicial servirá para efeito de registro no cartório de registro de imóveis. Tudo isso consta do art. 6.º da Medida Provisória.

Assim como ocorre com a concessão especial do direito real de uso, o direito de concessão de uso especial para fins de moradia é transferível por ato *inter vivos* ou *causa mortis* (art. 7.º da Medida Provisória 2.220/2001). No último caso, a transmissão pode se dar por testamento ou sucessão legítima. Frise-se, nesse contexto, que a concessão especial para fins de moradia não é *intuitu personae* ou personalíssima.

A extinção do direito à concessão de uso especial para fins de moradia está tratada pelo art. 8.º da MP, sendo as suas hipóteses:

I – Se o concessionário der ao imóvel destinação diversa da moradia para si ou para sua família.

II – Se o concessionário adquirir a propriedade ou a concessão de uso de outro imóvel urbano ou rural, uma vez que a concessão deve ser única.

Em ambos os casos, a extinção será averbada no cartório de registro de imóveis, por meio de declaração do Poder Público concedente (art. 8.º, parágrafo único, da MP).

Ressalve-se, quanto à primeira hipótese de extinção, que é facultado ao Poder Público competente dar autorização de uso àquele que, até 30 de junho de 2001, possuía como seu, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, até duzentos e cinquenta metros quadrados de imóvel público situado em área urbana, utilizando-o para *fins comerciais* (art. 9.º da MP). Quebra-se, excepcionalmente, com a natureza do instituto, que tem por fim a tutela da moradia. Pelo próprio dispositivo, tal autorização será somente gratuita, admitindo-se que o possuidor acrescente sua posse à de seu antecessor, contanto que ambas sejam contínuas (*accessio possessionis*).

Encerrando o tópico, nos casos dos dois direitos reais introduzidos na codificação, deve ficar bem claro que os institutos constituem alternativas de regularização fundiária possível, eis que não se pode adquirir as citadas áreas públicas por usucapião (arts. 183, § 3.º, e 191, parágrafo único, da CF/1988). Espera-se, por questão de justiça e democrática distribuição das terras, que os institutos tenham a efetiva concreção prática no Brasil, fato que não ocorreu até o presente momento.

6.8 DA ENFITEUSE. BREVES PALAVRAS

A enfiteuse constitui um antiquíssimo instituto jurídico. Sua definição constava do art. 678 do CC/1916, segundo o qual “Dá-se a enfiteuse, aforamento, ou emprazamento, quando por ato entre vivos, ou de última vontade, o proprietário atribui a outro o domínio útil do imóvel, pagando a pessoa, que o adquire, e assim se constitui enfiteuta, ao senhorio direto uma pensão, ou foro, anual, certo e invariável”. A codificação anterior tratava a enfiteuse como direito real de gozo ou fruição.

Além da previsão de pagamento do foro anual, o enfiteuta era obrigado a pagar os ônus e tributos do imóvel (art. 682 do CC/1916). A enfiteuse era tida como perpétua (art. 679 do CC/1916). A

enfiteuse por tempo limitado considerava-se arrendamento, e com tal era regida. Ademais, sempre que se realizasse a transferência do domínio útil, por venda ou doação em pagamento pelo enfiteuta, o senhorio direto, que não usasse do seu direito de preferência, teria direito de receber do alienante o laudêmio, que seria de dois e meio por cento sobre o preço da alienação, se outro não se tivesse sido fixado no título de aforamento (art. 686 do CC/1916).

Sua finalidade, no remoto passado grego e romano, era incentivar a ocupação de terras não utilizadas, evitando-se eventuais invasões ou a falta de produtividade. Por isso, estabelecia o art. 680 do CC/1916 que só poderiam ser objeto de enfiteuse terras não cultivadas ou terrenos que se destinassem a edificação (terrenos baldios, vazios).

Na realidade brasileira, a enfiteuse recaía sobre áreas do interesse nacional, caso de terras de marinha, hipótese que ainda subsiste; sobre aldeias indígenas (caso de Alphaville, na Grande São Paulo) e em outras áreas específicas, caso da enfiteuse em favor da família real, na cidade de Petrópolis, Rio de Janeiro. A partir da segunda metade do século XX, a enfiteuse perdeu sua utilidade prática, passando a ser vista como um instituto velho e superado pelos civilistas.

Diante dessa realidade, o Código Civil de 2002 retirou a sua menção do rol dos direitos reais, não havendo tratamento específico na atual codificação a respeito de enfiteuses sobre bens particulares. Mais do que isso, proíbe-se a constituição de novas enfiteuses e subenfiteuses, na linha de críticas doutrinárias que eram feitas à categoria. Vale lembrar que a subenfiteuse é a enfiteuse criada pelo enfiteuta em favor de um terceiro (*enfiteuse de segundo grau*). Vejamos a completa dicção do art. 2.038 do Código Civil vigente, importante norma de direito intertemporal, que justifica as menções acima feitas no passado:

> "Art. 2.038. Fica proibida a constituição de enfiteuses e subenfiteuses, subordinando-se as existentes, até sua extinção, às disposições do Código Civil anterior, Lei 3.071, de 1.º de janeiro de 1916, e leis posteriores.
>
> § 1.º Nos aforamentos a que se refere este artigo é defeso:
>
> I – cobrar laudêmio ou prestação análoga nas transmissões de bem aforado, sobre o valor das construções ou plantações;
>
> II – constituir subenfiteuse.
>
> § 2.º A enfiteuse dos terrenos de marinha e acrescidos regula-se por lei especial".

Constata-se, assim, que as enfiteuses entre particulares continuam regulamentadas pelo Código Civil de 1916 (arts. 678 a 694), apesar da revogação total e expressa da codificação anterior, nos termos do art. 2.045 do Código Civil de 2002 ("Revogam-se a Lei n.º 3.071, de 1.º de janeiro de 1916 – Código Civil e a Parte Primeira do Código Comercial, Lei n.º 556, de 25 de junho de 1850").

Conforme salientado por José Fernando Simão, nas edições anteriores desta obra, a hipótese é de *ultratividade*, "em que uma lei revogada continua a produzir efeitos após sua revogação. Como curiosidade, é de se salientar que por verdadeiro cochilo legislativo o art. 1.266 do atual Código Civil prevê que 'achando-se em terreno aforado, o tesouro será dividido por igual entre o descobridor e o enfiteuta, ou será deste por inteiro quando ele mesmo seja o descobridor'. Portanto, o achado do tesouro em terreno sobre o qual recai enfiteuse está sujeito à regra do CC/2002 e não à do CC/1916, em que pese o fato de o conteúdo do dispositivo – não a redação – ser idêntico ao do art. 609 do CC revogado" (TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito civil*..., 2013, v. 4, p. 322). Essa *ultratividade* visa à proteção do direito adquirido e do ato jurídico perfeito, nos termos do art. 5.º, inc. XXXVI, da CF/1988.

Em relação às enfiteuses sobre terrenos da marinha, relativas à União, essas são regidas atualmente pelo Decreto-lei 9.760/1946, pelo Decreto-lei 2.398/1987 e pela Lei 9.636/1998, conforme consta do art. 2.038, § 2.º, do CC/2002. De toda sorte, compõe o antigo Projeto Ricardo Fiúza – atual PL 699/2011 – proposta de alteração da última norma, para a extinção sucessiva também das enfiteuses sobre terrenos de marinha. Assim, o § 2.º do art. 2038 passaria a dispor que "Igualmente proíbe-se a constituição de enfiteuse e subenfiteuse dos terrenos de marinha e acrescidos, subordinando-se as existentes às disposições contidas na legislação específica".

Além disso, seria acrescentado um § 3.º fixando um prazo máximo de dez anos para a sua extinção paulatina, *in verbis*: "Fica definido o prazo peremptório de dez anos para a regularização das enfiteuses existentes e pagamentos dos foros em atraso, junto à repartição pública competente. Decorrido esse período, todas as enfiteuses que se encontrarem regularmente inscritas e em dia com suas obrigações, serão declaradas extintas, tornando-se propriedade plena privada. As demais, reverterão de pleno direito para o patrimônio da União". São as justificativas da proposição:

> "A sugestão é do professor JOEL DIAS FIGUEIRA JÚNIOR. Diz ele que 'verificou-se o acolhimento do instituto da enfiteuse para os terrenos de marinha e acrescidos, em que pese estarmos diante de um alvissareiro Código Civil que vem a lume no alvorecer de um novo século e início de milênio, tornando ainda mais difícil justificar a sua manutenção em sede pública e o seu banimento na área privada. O próprio legislador tratou de remeter a regulamentação do instituto para as leis especiais. Nesse caso, o que vamos encontrar, efetivamente, é uma lei extravagante de conteúdo muito pouco palatável no que concerne à renovação do pagamento do foro (Lei 9.636, de 15 de maio de 1998 – *DOU* 18/05/98 que dispõe sobre a regularização, administração, aforamento e alienação de bens imóveis de domínio da União, altera dispositivos dos Decretos-leis n.º 9.760, de 05 de setembro de 1946, e n.º 2.398, de 21 de dezembro de 1987, e que regulamenta o § 2.º do artigo 49 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, e dá outras providências. Por sua vez, essa lei foi regulamentada através do Decreto 3.725, de 10 de janeiro de 2001 (*DOU* 11.01.2001). Desses dois sistemas normativos (lei e decreto regulamentador) o que se constata, de uma forma geral, é uma disfunção do próprio instituto da enfiteuse, com sérios prejuízos aos titulares do domínio útil ou ocupantes de imóveis dominiais da União. Se por um lado o recadastramento de toda a orla marítima brasileira é medida extremamente salutar e digna de louvor, assim como a retomada dos bens irregulares, por outro lado, exigir de todos os foreiros um novo pagamento atualizado pela ocupação de seus imóveis é providência sem qualquer precedente ou paralelo. Ademais, pagar novamente pelo domínio útil (com base em valores atualizados de mercado) dos imóveis que já ocupam há vários anos, a título de aforamento, mesmo aqueles titulares que tenham suas obrigações regularizadas e em dia, junto ao SPU (art. 13 da Lei 9636/98), é medida que afronta o bom senso e o direito; diga-se o mesmo no que concerne à perda dos direitos já existentes transformados em cessão de uso oneroso, por prazo indeterminado (art. 17 da Lei 9636/98), caso não exerçam a preferência de opção pelo aforamento em tempo hábil (= representa o pagamento pelo domínio útil). Data vênia, afigura-se um desacerto jurídico a manutenção do § 2.º do art. 2.038 do novo CC, tendo-se em conta que o regime enfitêutico haveria de ter sido extinto por completo do nosso sistema jurídico, reservando-se para a União, através de leis especiais, a definição de determinadas faixas de terras de marinha, para a identificação de pontos estratégicos para a defesa nacional e não manter tais imóveis em sua titularidade, na qualidade de senhorio direto, o que representa uma evidente e inadmissível disfunção da propriedade nos dias atuais. Trata-se, na verdade, da manutenção de um vetusto modelo jurídico que se destina, no caso, lamentavelmente, nos termos dos diplomas legais mencionados, de maneira descomedida, a enriquecer os cofres públicos da União, num sistema semelhante àquele encontrado no Brasil colonial'. Concordo com a sugestão. Por isso, considerando-se o que já foi dito, bem como as fortes resistências que se vêm formando em todo o País contra as malsinadas normas (Lei 9.636/98 e Decreto 3.725/01) deve o Congresso Nacional modificar a redação do § 2.º do art. 2.038. A extinção do regime enfitêutico dos chamados terrenos de marinha e acrescidos, de forma gradativa e bem programada, haverá de trazer à União benefícios diversos, políticos, sociais, econômicos e financeiros. Apenas a título exemplificativo, basta lembrar que o recadastramento e a simples cobrança do foro àqueles que se encontram inadimplentes ou em atraso com suas obrigações, permitindo-se desta forma a regularização da situação atual, e a consequente retomada integral do imóvel para o patrimônio da União, caso se verifique o não cumprimento das determinações em determinado prazo a ser concedido, representará também uma importante fonte de receita e até mesmo a possibilidade de transformação plena da propriedade imóvel para o seu patrimônio, sem causar os inconvenientes do atual sistema e, de maneira concomitante, através da extinção paulatina da enfiteuse. Nada obstante, a medida conferirá ao titular do domínio útil a possibilidade efetiva de adquirir a propriedade plena do imóvel, após o cumprimento de determinadas condições definidas em lei, sem prejuízo da reserva de determinadas áreas para a defesa nacional, conforme expressamente previsto no art. 20 da CF/88. Só assim a propriedade, em sua plenitude, atingirá os seus fins sociais. Registre-se que não há qualquer necessidade de modificação da Constituição Federal, art. 20, VII (Art. 20. São bens da União: ... VII – os terrenos de marinha). A definição do que se compreende por 'terrenos de marinha' deve ocorrer através de lei especial que versará sobre a matéria em questão, no que concerne às áreas que serão mantidas e posteriormente consideradas como 'terrenos de marinha', mantendo-se assim a Lei Maior sem qualquer retoque".

O presente autor filia-se à proposta, sacramentando a morte do instituto, ultrapassado e antifuncional. Em reforço, retira-se mais uma burocracia exigida para a compra e venda de imóveis litorâneos, qual seja, a *certidão negativa de débitos enfitêuticos*.

Diante do novo tratamento do Código Civil de 2002, não há mais razão em se estudar a enfiteuse nos programas de Direito Civil, seja na graduação ou na pós-graduação. Em provas e concursos públicos, o tema sequer consta da grande maioria dos editais. Quanto à aplicação prática para o Direito Civil, essa é quase inexistente.

Nesse contexto, este autor optou, a partir da 6.ª edição deste livro, em não mais tratar da matéria com profundidade, como fez o nosso legislador civil, trazendo apenas as noções básicas da categoria. Já é hora de deixar para trás a antiga e superada enfiteuse, com resquícios das barbaridades feudais. Vale transcrever as palavras de Frederico Henrique Viegas de Lima sobre o tema, a fim de encerrar o presente capítulo:

> "É inquestionável, também, para finalizar, que devem olhar para frente, adequando o Direito Civil aos novos conceitos, principalmente os retirados da experiência do homem. Neste entorno não há mais lugar para relações, jurídicas e não jurídicas, fundamentadas em preceitos senhoriais e feudais, onde sempre existiu a vantagem de uma das partes. Assim, se a enfiteuse não se adaptou às novas necessidades da sociedade ao longo dos anos, como consequência, ela deve sair do nosso ordenamento jurídico" (LIMA, Frederico Henrique Viegas de. *Direito imobiliário*..., 2004, p. 144).

A doutrina deve seguir esse caminho, deixando para trás, paulatinamente, palavras de maior profundidade sobre a enfiteuse.

RESUMO ESQUEMÁTICO

Direitos reais de gozo ou fruição tratados pelo CC/2002

1) Superfície

Partes

- Fundieiro
- Superficiário

– Bens imóveis – para plantações e construções
– Duplo tratamento – CC/2002 e Estatuto da Cidade
– Uso do solo – regra
– Gratuito ou oneroso – remuneração: cânon ou *solarium*

2) Servidões

Imóveis

- Prédio dominante
- Prédio serviente

– Constituição
  - Contrato
  - Testamento
  - Usucapião

– Características
  - Perpétuas
  - Acessórias
  - Indivisíveis
  - Inalienáveis
  - Não obrigatórias

– Classificação
  - Urbanas/rústicas
  - Positivas/negativas
  - Contínuas/descontínuas
  - Aparentes/não aparentes

3) Usufruto

Partes

- Nu-proprietário
- Usufrutuário

– Bens móveis ou imóveis
– Divisão igualitária dos atributos
– Usufruto ≠ Fideicomisso (Sucessões)
– Classificação
  - Legal/voluntário/misto ou judicial
  - Próprio/impróprio
  - Temporário/vitalício

– Inalienabilidade – art. 1.393 do CC

4) Uso

Partes

- Proprietário
- Usuário

– Usufruto-anão
– Utilização restrita
– Aplicação residual das regras do usufruto
– Novas figuras (Lei 11.481/2007)
  - Concessão de direito real de uso
  - Concessão especial de uso para fins de moradia

5) Habitação

Partes

- Proprietário
- Habitante

– Mais restrito de todos
– Origem convencional e legal (cônjuge e companheiro)

QUESTÕES CORRELATAS

1. (Advogado Nossa Caixa – FCC/2011) Dois prédios situados no alto de uma encosta têm acesso à rodovia através de servidão de passagem, instituída por escritura pública e registrada no Cartório de Registro de Imóveis, que atravessa o prédio localizado à margem desta. As obras necessárias à conservação e uso da servidão, como não há disposição a respeito no título constitutivo,

(A) serão pagas, metade pelos donos dos prédios dominantes e metade pelo dono do prédio serviente.

(B) correrão por conta do dono do prédio serviente.

(C) serão rateadas proporcionalmente entre os donos dos prédios dominantes e o dono do prédio serviente.

(D) serão rateadas entre os donos dos prédios dominantes.

(E) correrão por conta do dono do prédio que a utilizar com mais frequência.

2. Advogado Nossa Caixa – FCC/2011) O usufruto

(A) pode ser transferido por título oneroso, mas o seu exercício só pode ser cedido a título gratuito.

(B) pode recair em um ou mais bens do nu-proprietário, não podendo, porém, alcançar-lhe o patrimônio inteiro.

(C) não se estende, salvo disposição em contrário, aos acessórios da coisa e seus acréscimos.

(D) não se extingue pelo não uso, ou não fruição, da coisa em que recai.

(E) de coisa segurada obriga o usufrutuário a pagar, durante a sua duração, as contribuições do seguro.

3. (Magistratura/BA– CESPE/2012) No que se refere aos direitos reais, assinale a opção correta.

(A) No caso de o beneficiário não usar o imóvel por prazo superior a um ano, restará configurada causa legal de extinção do direito de habitação.

(B) O superficiário deverá efetuar ao proprietário do solo pagamento pela transferência do direito de superfície a terceiros, salvo estipulação contratual em contrário.

(C) O direito real de servidão de trânsito exige que reste configurado o encravamento do imóvel dominante.

(D) A morte do usufrutuário casado é causa de transmissão do usufruto ao cônjuge sobrevivente, qualquer que seja o regime de casamento.

(E) O fato de o adimplemento contratual afigurar-se economicamente insuportável para o promitente comprador lhe confere o direito de obter a resilição do compromisso de compra e venda.

4. (Delegado de Polícia/MG – 2007) Considerando os dispositivos do Código Civil em vigor sobre o direito de superfície, assinale a alternativa INCORRETA:

(A) O proprietário pode conceder a outrem o direito de construir em seu terreno, por tempo indeterminado, mediante escritura pública devidamente registrada no Cartório de Registro de Imóveis.

(B) O direito de superfície não autoriza obra no subsolo, salvo se for inerente ao objeto da concessão.

(C) O direito de superfície pode transferir-se a terceiros e, por morte do superficiário, aos seus herdeiros.

(D) O superficiário pode estabelecer servidões no terreno para facilitar o uso da construção e do imóvel.

5. (AGU/Procurador – 2007) A respeito dos direitos reais, julgue o item a seguir: As enfiteuses constituídas antes do Código Civil de 2002 devem adequar-se ao regime do direito de superfície, espécie de direito real criado pela codificação.

6. (Defensoria Pública/AM – 2003) Em relação à posse e à propriedade, julgue o item a seguir: É nula a cláusula inserida no contrato de concessão do direito de superfície que imponha ao proprietário concedente o ônus de indenizar quaisquer construções ou plantações que o superficiário vier a incorporar ao solo.

7. (Procurador do Estado/AP – 2006) Julgue o item seguinte, a respeito do direito das coisas: É nula a cláusula inserida no contrato de concessão do direito de superfície que imponha ônus ao proprietário concedente, a título de indenização por qualquer construção ou plantação que o superficiário incorporar ao solo.

8. (Analista Judiciário/STJ – 2004) A respeito dos direitos reais, julgue o item que se segue: O direito de superfície, instituído pelo novo Código Civil brasileiro, é um direito real autônomo. Assim, uma vez concedido, o edifício construído ou a plantação feita pertencem exclusivamente ao superficiário, enquanto o solo continua a pertencer ao seu proprietário.

9. (Juiz de Direito/TJ-MG – 2007) O direito de propriedade não é absoluto, e, por isso, reconhecem-se limitações de gozo ou de garantia e vizinhança. De acordo com o Código Civil, é CORRETO afirmar que:

(A) os direitos de vizinhança têm a mesma finalidade das servidões prediais.

(B) a servidão de passagem somente pode ser estabelecida entre proprietários de imóveis encravados.

(C) o titular do direito de servidão é sempre o proprietário do imóvel dominante.

(D) o proprietário do prédio serviente não é obrigado a permitir que o proprietário do prédio dominante exerça qualquer atividade em seu bem.

10. (Juiz de Direito/TJ-SP – 177.º Conc.) Relativamente a direitos reais, assinale a alternativa correta.

(A) No caso do penhor agrícola e do penhor industrial, os bens empenhados terão a posse direta passada ao credor pignoratício, mas o penhor só se consolida uma vez levado ao Registro de Imóveis.

(B) A posse de boa-fé constitui direito real, a fim de garantir a prescrição aquisitiva, isto é, o usucapião, após o decurso do tempo exigível na lei civil.

(C) O usufruto pode recair sobre bens móveis e imóveis, mas em qualquer caso é necessário o Registro Imobiliário para a sua constituição e validade *erga omnes*.

(D) Nas servidões de trânsito, havendo objeção do prédio serviente, é admissível a proteção possessória em prol do prédio dominante, ainda quando houver alienação ou divisão deste.

11. (VUNESP/Magistratura/2012) Quanto à servidão, é correto afirmar:

(A) Constituída para certo fim, a servidão poderá ser ampliada para usos diferentes.

(B) A servidão pode ser removida, de um local para outro, pelo dono do prédio serviente e à sua custa, se em nada diminuir as vantagens do prédio dominante, ou pelo dono deste e à sua custa, se houver considerável incremento da utilidade e não prejudicar o prédio serviente.

(C) Se as necessidades da cultura, ou da indústria, do prédio dominante impuserem à servidão maior largueza, o dono do serviente é obrigado a sofrê-la, sem direito à indenização pelo excesso.

(D) As servidões prediais têm como característica a divisibilidade, podendo ser instituídas em favor de parte ideal do

prédio dominante e incidir sobre parte ideal do prédio serviente.

12. (Juiz de Direito/TJ-RS – 2003) Assinale a assertiva correta.

(A) A servidão não usada durante 10 (dez) anos contínuos é passível de extinção.

(B) Todo direito de propriedade é perpétuo.

(C) O usufruto e a superfície são direitos reais vitalícios, extinguindo-se com a morte do titular.

(D) A promessa de compra e venda de imóvel, com a cláusula de arrependimento e registrada no Registro de Imóveis, concede ao promitente comprador direito real à aquisição do imóvel.

(E) O usufrutuário não é obrigado a pagar as despesas ordinárias de conservação dos bens no estado em que os recebeu.

13. (Procurador/DF – 2004) Pode-se afirmar acerca das servidões prediais:

(A) são espécies das servidões legais, entre as quais se encontram as servidões administrativas.

(B) a servidão de trânsito, tal qual a passagem forçada, tem como pressuposto a existência de um prédio encravado, isto é, sem acesso a vias públicas, nascentes ou portos.

(C) a destinação do proprietário é forma de constituição das servidões e tem como requisitos a prévia existência de uma serventia em prédio posteriormente desmembrado, bem como a inexistência de restrições, pelos proprietários dos imóveis desmembrados, quanto à transformação da serventia em servidão.

(D) as servidões não aparentes são protegidas pelo manejo dos interditos possessórios, ainda que sua constituição não conste do competente Cartório de Registro de Imóveis.

(E) as servidões são direito real perpétuo, pouco importando o seu não uso, seja pelo prazo que for, para fins de sua extinção.

14. (Defensoria Pública/SP – 2006) Sobre os direitos de vizinhança, é correto afirmar:

(A) Os tapumes especiais são exigidos para impedir que animais de grande porte ultrapassem os limites da propriedade.

(B) O dono do terreno invadido pelos galhos de árvore da propriedade vizinha tem o direito de corte condicionado à nocividade da invasão dos ramos.

(C) A servidão de aqueduto é contínua e aparente e a de trânsito é descontínua e não aparente.

(D) A qualquer tempo, o proprietário pode exigir que se desfaça a janela, sacada, terraço ou goteira sobre o seu prédio.

(E) Na passagem forçada, o dono do prédio que não tiver acesso à via pública, nascente ou porto tem direito a exigir que seu vizinho lhe conceda passagem, independentemente do pagamento de indenização.

15. (Procurador do Município de Manaus – 2006) A respeito das servidões, pode-se afirmar que

(A) a servidão não pode ser removida de um local para outro pelo dono do prédio serviente e à sua custa, mesmo que se em nada diminuir as vantagens do prédio dominante.

(B) o exercício incontestado e contínuo de uma servidão não aparente, por cinco anos, autoriza o interessado a registrá-la em seu nome no Registro de Imóveis.

(C) se as necessidades da cultura, ou da indústria, do prédio dominante impuserem à servidão maior largueza, o dono do serviente é obrigado a sofrê-la, mas tem direito de ser indenizado pelo excesso.

(D) o exercício da servidão decorre das necessidades do prédio serviente e, constituída para certo fim, pode se ampliar a outro.

(E) a servidão proporciona utilidade para o prédio dominante e grava o prédio serviente, que pertence a diverso dono, sendo que só pode ser constituída por testamento.

16. (Procurador da Fazenda Nacional – 2007) É direito do usufrutuário de:

(A) fazer despesas ordinárias e comuns de conservação dos bens no estado em que os recebeu.

(B) inventariar, a suas expensas, os bens móveis que receber, determinando o estado em que se acham e estimando o seu valor.

(C) não ser obrigado a pagar deteriorações da coisa advindas do exercício regular do usufruto.

(D) autorizar a mudança da destinação econômica da coisa usufruída.

(E) aceitar a sub-rogação da indenização de danos causados por terceiro ou do valor da desapropriação no ônus do usufruto.

17. (Promotor de Justiça/MP-TO – 2004) Com referência aos direitos reais em coisa alheia, assinale a opção correta.

(A) A servidão predial, que tem como pressuposto a existência de dois prédios vizinhos, o serviente e o dominante, pertencentes a donos diversos ou não, consiste na obrigação de possibilitar a utilização mais cômoda do prédio dominante.

(B) Se o usufruto simultâneo for instituído juntamente com cláusula de direito de acrescer, aos usufrutuários sobreviventes serão acrescidas as parcelas dos que vierem a falecer, só retornando a propriedade desonerada ao nu-proprietário no instante em que o último usufrutuário falecer.

(C) O bem de família voluntário instituído na forma exposta no Código Civil não é inalienável, apenas impenhorável, podendo, portanto, ser hipotecado.

(D) Podem os contratantes validamente firmar convenção acessória que autorize o credor de dívida garantida por penhor a ficar com a coisa dada em garantia, se a prestação não for cumprida no vencimento.

(E) O direito ao usufruto é inalienável e intransmissível, não podendo, portanto, o usufrutuário ceder a exploração da coisa a terceiro.

18. (Procurador do Município de Manaus – 2006) De acordo com o Código Civil brasileiro, o usufruto

(A) não será extinto pela extinção da pessoa jurídica, em favor de quem o usufruto foi constituído, devendo permanecer em favor dos ex-sócios.

(B) de imóveis, quando não resulta de usucapião, constituir-se-á mediante registro no Cartório de Registro de Títulos e Documentos.

(C) pode recair em um ou mais bens, móveis ou imóveis, em um patrimônio inteiro, ou parte deste, não abrangendo-lhe os frutos e utilidades.

(D) constituído em favor de duas ou mais pessoas, se um dos usufrutuários falecer, como regra, extingue o usufruto com relação ao sobrevivente ou sobreviventes.

(E) não pode ser transferido por alienação; mas o seu exercício pode ceder-se por título gratuito ou oneroso.

19. (AGU – 2005) Acerca dos direitos reais e dos registros públicos, julgue o item que se segue: O usufruto é um direito real transmissível por *causa mortis*, pelo qual é concedido a uma pessoa o direito de desfrutar um objeto alheio como se fosse próprio, percebendo os frutos e retirando proveito econômico da coisa.

20. (Juiz de Direito/TJ-DF – 2006) Analise as proposições e assinale a única alternativa correta.

I – O homem com dezesseis anos de idade, filho de pais solteiros e vivendo na companhia da mãe, não necessita de consentimento do pai para casar.

II – No regime de comunhão universal de bens, decretada a separação judicial do casal, se não realizada a partilha, o cônjuge que permanecer na posse de imóvel do casal fica obrigado a pagar ao outro a metade da renda de um presumível aluguel.

III – Aquele a quem é concedido o direito real de habitar imóvel alheio pode usá-lo para instalar comércio, desde que o título não vede.

(A) apenas uma das proposições é falsa.

(B) apenas uma das proposições é verdadeira.

(C) todas as proposições são verdadeiras.

(D) todas as proposições são falsas.

21. (Juiz Federal/TRF 5.ª Região – 2006) A respeito do direito das coisas, julgue o seguinte item: Considere que Maria seja legítima possuidora e detentora do direito real de habitação do imóvel destinado à residência de sua família. Considere, ainda, que tal imóvel foi alienado a terceiro e que foi concedido a Maria seu usufruto vitalício. Nessa situação, se Maria renunciar ou alienar a terceiros o direito real de usufruto de que dispõe sobre o bem, perderá o direito de habitação, por ser o usufruto direito mais abrangente e superior, alcançando o direito de habitação, exceto se este estiver devidamente registrado no cartório de registro de imóveis.

22. (87.º MP/SP – 2010) Assinale a alternativa incorreta:

(A) falecendo o usufrutuário, o direito de usufruto transmite-se aos seus herdeiros.

(B) não existe usufruto sucessivo.

(C) no usufruto o direito de acrescer depende de estipulação expressa.

(D) é possível o usufruto simultâneo.

(E) o nu-proprietário, observados os direitos do usufrutuário, pode dispor do bem que se encontra gravado com o usufruto.

23. (MAGISTRATURA/BA– CESPE/2012) No que se refere aos direitos reais, assinale a opção correta.

(A) No caso de o beneficiário não usar o imóvel por prazo superior a um ano, restará configurada causa legal de extinção do direito de habitação.

(B) O superficiário deverá efetuar ao proprietário do solo pagamento pela transferência do direito de superfície a terceiros, salvo estipulação contratual em contrário.

(C) O direito real de servidão de trânsito exige que reste configurado o encravamento do imóvel dominante.

(D) A morte do usufrutuário casado é causa de transmissão do usufruto ao cônjuge sobrevivente, qualquer que seja o regime de casamento.

(E) O fato de o adimplemento contratual afigurar-se economicamente insuportável para o promitente comprador lhe confere a direito de obter a resilição do compromisso de compra e venda.

GABARITO

1 – D	2 – E	3 – E
4 – A	5 – Errada	6 – Errada
7 – Errada	8 – Certa	9 – C
10 – D	11 – B	12 – A
13 – C	14 – C	15 – C
16 – C	17 – B	18 – E
19 – Errada	20 – D	21 – Errada
22 – A	23 – E	

DO DIREITO REAL DE AQUISIÇÃO. O COMPROMISSO IRRETRATÁVEL DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEIS

Sumário: 7.1 Primeiras palavras sobre o compromisso de compra e venda. Evolução histórica legislativa – 7.2 Diferenças conceituais entre o compromisso de compra e venda registrado e não registrado na matrícula do imóvel – 7.3 Requisitos de validade e fatores de eficácia do compromisso irretratável de compra e venda de imóvel – 7.4 Inadimplemento das partes no compromisso irretratável de compra e venda de imóvel: 7.4.1 Inadimplemento por parte do promitente vendedor; 7.4.2 Inadimplemento por parte do compromissário comprador – 7.5 Questões controvertidas atuais sobre o compromisso irretratável de compra e venda. Interações entre os direitos reais e pessoais. A Súmula 308 do Superior Tribunal de Justiça e suas decorrências. O "contrato de gaveta" – Resumo esquemático – Questões correlatas – Gabarito.

7.1 PRIMEIRAS PALAVRAS SOBRE O COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA. EVOLUÇÃO HISTÓRICA LEGISLATIVA

A figura do compromisso de compra e venda é de grande relevância para o Direito Privado Brasileiro, com especial interesse ao meio imobiliário, eis que, no País, a grande maioria dos imóveis que são transmitidos onerosamente passa pela prévia celebração desse negócio jurídico. Nesse contexto, constata-se que o compromisso de compra e venda envolve a aquisição da moradia, tema delicado, eis que assegurada como um direito social e fundamental pelo art. 6.º da Constituição Federal.

Pontua Valter Farid Antonio Júnior, em dissertação de mestrado sobre o tema, que "o acesso à moradia digna passa necessariamente pela questão dos meios de aquisição previstos no direito positivo. Em tempos em que os elevados preços das unidades imobiliárias contrapõem aos baixos rendimentos de grande parte da população brasileira, o contrato de compromisso de compra e venda assume enorme importância, por permitir aos menos abastados a compra facilitada do imóvel próprio" (ANTONIO JÚNIOR, Valter Farid. *Compromisso...*, 2009, p. 4). Tem plena razão o jurista, sendo pertinente analisar as abusividades que geralmente são percebidas nos contratos de aquisição de imóveis.

Como bem salienta Luciano de Camargo Penteado, com as similaridades percebidas no nosso sistema, "o contrato de compromisso de compra e venda é uma criação tipicamente brasileira. Surgiu com a finalidade específica de propiciar às partes uma espécie de garantia anômala, ao mesmo tempo em que permite uma economia de custos na negociação entre as partes pelo diferimento do momento da outorga da escritura" (PENTEADO, Luciano de Camargo. *Direito...*, 2012, p. 505). Em suma, trata-se de uma figura genuinamente nacional, que deve ser interpretada e analisada de acordo com o contexto social e as regras de convivência pacífica.

O instituto em estudo conta com antiga regulamentação no Direito Brasileiro, seja de forma direta ou indireta, pela diferenciação que se verá a seguir a respeito dos compromissos de compra e venda

registrados ou não na matrícula do imóvel. A abordagem dessa evolução histórica legislativa é fundamental para que se compreenda a atual sistemática da categoria, bem como as suas decorrências no campo prático.

O Código Civil de 1916 não tratava especificamente do compromisso de compra e venda, trazendo apenas regra sobre o contrato preliminar, no campo dos direitos obrigacionais e com eficácia *inter partes*. Dispunha o art. 1.088 da codificação anterior que "Quando o instrumento público for exigido como prova do contrato, qualquer das partes pode arrepender-se, antes de o assinar, ressarcindo à outra as perdas e danos resultantes do arrependimento, sem prejuízo do estatuído nos arts. 1.095 a 1.097". Os últimos comandos citados diziam respeito às arras ou sinal, equivalendo, em parte, aos atuais arts. 417 a 420, que tratam do instituto dentro da teoria geral das obrigações.

Sucessivamente, a primeira norma que passou a regulamentar o compromisso de compra e venda foi o Decreto-lei 58, de 10 de dezembro de 1937, que dispõe sobre o loteamento e a venda de terrenos para pagamento em prestações. Os "considerandos" dessa lei já reconheciam a amplitude social do instituto para a aquisição de imóveis, o *boom* imobiliário urbano vivenciado à época, bem como o restrito tratamento que era dado pela codificação civil de 1916.

Em 1979 surgiu a Lei 6.766, conhecida como Lei do Parcelamento do Solo Urbano, que encampou vários dos posicionamentos da jurisprudência anterior, como a previsão de irretratabilidade do compromisso de compra e venda registrado na matrícula do imóvel, sem a possibilidade de se estabelecer a cláusula de arrependimento. Antes disso, anote-se que a Lei de Registros Públicos (Lei 6.015/1973) já previa a possibilidade de registro dos contratos de compromisso de compra e venda de imóvel, com ou sem cláusula de arrependimento (art. 167, item 1, letra 9).

O Código Civil de 2002 acabou consolidando, pelo menos em parte, esse tratamento anterior. De início, foi o compromisso de compra e venda registrado na matrícula do imóvel reconhecido como um *direito real de aquisição*, nos termos do art. 1.225, inc. VII, do Código Civil. Desse modo, encerrou-se polêmica a respeito do enquadramento do instituto entre as categorias reais. Como é cediço, alguns juristas viam na figura uma natureza de garantia real, caso de Darcy Bessone (*Direitos*..., 1988). Outros, como Silvio Rodrigues, concebiam o compromisso de compra e venda registrado como um direito real de gozo ou fruição (RODRIGUES, Silvio. *Direito*..., 2002, v. 5, p. 314).

Não deixa dúvidas a própria organização da codificação privada em vigor. Os *direitos reais de gozo ou fruição* estão tratados entre os arts. 1.369 a 1.416 (na sequência: superfície, servidões, usufruto, uso e habitação). Os *direitos reais de garantia*, regulamentados entre os arts. 1.419 a 1.511 (penhor, hipoteca e anticrese). O compromisso de compra e venda de imóvel consta dos arts. 1.417 e 1.418, no *meio do caminho* entre as categorias destacadas. Assim, aliás, deve ser entendido o instituto, por sua natureza diferenciada dos dois grandes grupos de direitos reais tratados, antes e depois, pelo Código Civil em vigor. A numeração dos capítulos desta obra demonstra tal enquadramento.

Na doutrina contemporânea, vários estudiosos demonstram a natureza do compromisso de compra e venda registrado como *direito real de aquisição*, tema que parece ter sido pacificado pelo Código de 2002. De início, Maria Helena Diniz leciona que "o compromisso irretratável de compra e venda de imóvel, em razão de ausência de cláusula de arrependimento (...) devidamente assentado no competente Registro de Imóveis, equivale a um direito real ilimitado, direito de aquisição,

assecuratório do *contrahere* futuro, não só em relação às partes contratantes como *erga omnes*" (*Código*..., 2010, p. 983).

Igualmente, citando os clássicos Caio Mário da Silva Pereira e Serpa Lopes, ensinam Gustavo Tepedino, Maria Celina Bodin de Moraes e Heloísa Helena Barboza que "A promessa irrevogável de venda registrada no RGI configura direito real. A doutrina, de forma praticamente unânime, designa-o como direito real do promitente comprador do imóvel, no rol dos direito reais limitados, considerado *direito real de aquisição*" (*Código*..., 2011, v. III, p. 849).

Por fim, as lições de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, para quem "a promessa de compra e venda como *direito real à aquisição* surge quando o instrumento público ou particular da promessa é objeto de registro no Cartório de Registro de Imóveis" (*Curso*..., 2012, p. 967).

Demonstrada tal consolidação técnica, superando um velho debate, consigne-se que o compromisso de compra e venda registrado é chamado de *irretratável* justamente pela impossibilidade de cláusula de arrependimento, tema que ainda será aprofundado.

Para solucionar os problemas atuais existentes sobre o tema, é preciso conciliar as citadas normas especiais com os dispositivos do Código Civil. Como não houve consolidação na codificação de muitos preceitos anteriores, estes continuam em vigor. Nesse contexto de compatibilização das normas, deve-se utilizar, mais uma vez, a *teoria do diálogo das fontes*, de Erik Jayme e Cláudia Lima Marques, que procura uma possível harmonia entre todas as regras existentes no sistema, em um *diálogo de complementaridade*. A tese ganha importância pelo fato de ser o compromisso de compra e venda, muitas vezes, uma relação jurídica de consumo.

Nos termos dos arts. 2.º e 3.º da Lei 8.078/1990, há uma relação jurídica de consumo quando um fornecedor profissional que desenvolve atividade, com vantagens diretas e indiretas, fornece um produto ou presta um serviço a um consumidor. Este último deve ser *destinatário final*, fático e econômico, do produto ou serviço. *Destinatário final fático* significa que o consumidor é o último da cadeia de consumo, ou seja, não há qualquer sujeito após ele. *Destinatário final econômico* quer dizer que o consumidor não utiliza o produto ou o serviço para lucro, vantagens ou repasse a terceiros.

Ora, é justamente o que ocorre nos negócios de financiamentos para aquisição de imóveis celebrados com construtoras e incorporadoras, e intermediados por instituições financeiras, havendo, em geral e na prática, a celebração de um compromisso de compra e venda registrado na matrícula do imóvel. Após longo período de financiamento, pago o preço, é outorgada a escritura definitiva pela construtora ou incorporadora. O vendedor é profissional na atividade que desenvolve, dela retirando lucro. O comprador é destinatário final fático e econômico do imóvel que está sendo adquirido, pois, via de regra, o bem será destinado para a sua moradia e de sua família.

Na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça numerosos são os julgados que reconhecem a incidência do Código de Defesa do Consumidor para o compromisso irretratável de compra e venda (a título de exemplo: STJ, AgRg no REsp 1.207.682/SC, Rel. Min. Sidnei Beneti, 3.ª Turma, j. 11.06.2013, *DJe* 21.06.2013; REsp 332.947/MG, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, 4.ª Turma, j. 24.10.2006, *DJ* 11.12.2006, p. 360; EDcl no REsp 334.829/DF, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3.ª Turma, j. 05.03.2002, *DJ* 29.04.2002, p. 242; REsp 193.245/RJ, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, 2.ª Turma, j. 22.05.2001, *DJ* 25.06.2001, p. 154; REsp 287.248/MG, Rel. Min. Aldir

Passarinho Junior, 4.ª Turma, j. 07.12.2000, *DJ* 05.03.2001, p. 175; AgRg no Ag 96.986/SP, Rel. Min. Waldemar Zveiter, 3.ª Turma, j. 01.12.1998, *DJ* 03.05.1999, p. 142; AgRg no Ag 177.869/SP, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, 3.ª Turma, j. 17.09.1998, *DJ* 09.11.1998, p. 100; REsp 60.065/SP, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, 4.ª Turma, j. 15.08.1995, *DJ* 02.10.1995, p. 32.377; REsp 59.494/SP, Rel. Min. Waldemar Zveiter, 3.ª Turma, j. 22.04.1996, *DJ* 01.07.1996, p. 24.048; REsp 109.331/SP, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, 4.ª Turma, j. 24.02.1997, *DJ* 31.03.1997, p. 9.638).

Destaque-se, nessa ordem, julgado da Corte que debateu a possibilidade de o Ministério Público ingressar com ação civil pública com o fim de afastar abusividades em contratos celebrados com grupo de pessoas:

> "Processual civil. Ação civil pública. Contrato de compra e venda de imóvel. Aumento abusivo do valor das prestações. Legitimidade ativa do Ministério Público. Direito à moradia. 1. Hipótese em que o Ministério Público ajuizou Ação Civil Pública em defesa de mutuários de baixa renda cujos imóveis foram construídos em sistema de mutirão, com compromisso de compra e venda firmado com o Município de Andradas, pelo prazo de 15 anos. Após o pagamento por 13 anos na forma contratual, o Município editou lei que majorou as prestações para até 20% da renda dos mutuários. O Tribunal de origem declarou a ilegitimidade *ad causam* do Ministério Público. 2. O art. 127 da Constituição da República e a legislação federal autorizam o Ministério Público a agir em defesa de interesse individual indisponível, categoria na qual se insere o direito à moradia, bem como na tutela de interesses individuais homogêneos, mesmo que disponíveis, como, p. ex., na proteção do consumidor. Precedentes do STJ. 3. O direito à moradia contém extraordinário conteúdo social, tanto pela ótica do bem jurídico tutelado – a necessidade humana de um teto capaz de abrigar, com dignidade, a família –, quanto pela situação dos sujeitos tutelados, normalmente os mais miseráveis entre os pobres. 4. Registre-se que o acórdão recorrido consignou não existir, no Município de Andradas, representação da Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais, além do fato de a Subseção da OAB somente indicar advogado dativo para as ações de alimento. 5. Recurso Especial provido" (STJ, REsp 950.473/MG, Rel. Min. Herman Benjamin, 2.ª Turma, j. 25.08.2009, *DJe* 27.04.2011).

Louva-se, no último acórdão, toda a preocupação do relator com a *tutela da moradia*, encartada na Constituição Federal de 1988 como um direito fundamental. Sendo assim, este capítulo procurará, para o compromisso de compra e venda de imóvel, a interação entre todas as normas citadas: o Decreto-lei 58/1937, a Lei 6.976/1976, o Código Civil de 2002, o Código de Defesa do Consumidor e, ainda, a Constituição Federal de 1988.

Porém, antes desse estudo de interação, é primordial diferenciar duas figuras, quais sejam, o compromisso de compra e venda registrado na matrícula do imóvel e aquele que não é registrado.

7.2 DIFERENÇAS CONCEITUAIS ENTRE O COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA REGISTRADO E NÃO REGISTRADO NA MATRÍCULA DO IMÓVEL

Uma das conclusões retiradas deste capítulo é que há uma conexão entre os direitos reais e os contratos quando se estuda o compromisso de compra e venda de imóvel como categoria jurídica. A tendência de aproximação entre os direitos reais e os direitos pessoais patrimoniais, aliás, foi bem exposta no Capítulo 1 desta obra, podendo ser realçada pela presente seção.

Isso porque duas são as figuras jurídicas possíveis de compromisso, o que depende do registro ou não do instrumento negocial na matrícula no registro imobiliário. A diferenciação dos institutos é fulcral para a compreensão do tema do compromisso de compra de venda.

A primeira figura é o *compromisso de compra e venda de imóvel não registrado na matrícula do imóvel*. Nesse caso há um contrato preliminar com efeitos obrigacionais *inter partes*, gerando uma

obrigação de fazer o contrato definitivo. Na prática, é comum a sua celebração nos contratos de compra e venda de imóvel celebrados a curto prazo, com pagamento à vista ou em poucas prestações.

O contrato preliminar, pré-contrato ou *pactum de contrahendo* encontra-se tratado na atual codificação privada, como novidade, entre os arts. 462 a 466. Seu objetivo é sempre a celebração do contrato definitivo no futuro, havendo um *negócio jurídico preparatório*. Esclareça-se que a fase de contrato preliminar não é obrigatória entre as partes, sendo dispensável.

Prevê o primeiro dispositivo relativo ao tema que o contrato preliminar, exceto quanto à forma, terá os mesmos requisitos essenciais do contrato definitivo (art. 462 do CC). Em suma, o contrato preliminar exige os mesmos requisitos de validade do negócio jurídico ou contrato previstos no art. 104 do CC/2002, com exceção da forma prescrita ou não defesa em lei: capacidade e legitimidade das partes, vontade livre, objeto lícito, possível, determinado ou pelo menos determinável.

Não sendo celebrado o contrato definitivo pelo promitente vendedor, o compromissário ou promitente comprador terá três opções, conforme consta dos comandos seguintes que tratam do assunto.

Como *primeira opção*, poderá ingressar com ação de obrigação de fazer, fixando o juiz um prazo razoável para que a outra parte celebre o contrato definitivo (art. 463 do CC/2002). Isso, desde que não conste do instrumento a previsão de *cláusula de arrependimento* e o preço tenha sido pago. Nota-se, portanto, que no compromisso de compra e venda de imóvel não registrado é possível a estipulação dessa cláusula, que dá às partes um direito potestativo de extinção do contrato. Em havendo cláusula de arrependimento ou não, existem regras específicas a respeito das arras ou sinal, nos termos dos arts. 417 a 420 do CC/2002, tema tratado no Volume 2 desta coleção.

Como *segunda opção*, esgotado o prazo para que a outra parte celebre o contrato definitivo, poderá o juiz suprir a vontade da parte inadimplente, conferindo caráter definitivo ao contrato preliminar (art. 464 do CC). Esse efeito é similar ao da adjudicação compulsória, mas *inter partes*. Por isso, continua aplicável a Súmula 239 do Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual o direito à adjudicação compulsória, quando exercido em face do promitente vendedor, não se condiciona ao registro do compromisso de compra e venda na matrícula do imóvel. No plano doutrinário, o Enunciado n. 95 CJF/STJ, da *I Jornada de Direito Civil*, consagra a continuidade prática da súmula, *in verbis*: “O direito à adjudicação compulsória (art. 1.418 do novo Código Civil), quando exercido em face do promitente vendedor, não se condiciona ao registro da promessa de compra e venda no cartório de registro imobiliário (Súmula n. 239 do STJ)”. A própria jurisprudência do STJ continua a aplicar e mencionar a ementa de resumo em julgados recentes (por todos: STJ, REsp 941.464/SC, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4.ª Turma, j. 24.04.2012, *DJe* 29.06.2012).

Por fim, como *terceira opção*, se o contrato e o seu objetivo não interessarem mais ao compromissário ou promitente comprador, poderá ele requerer a conversão da obrigação de fazer em obrigação de dar perdas e danos (art. 465 do CC). Concretizando, se após um longo prazo em que não é outorgada a escritura definitiva, o comprador não tiver mais qualquer interesse no imóvel, pois adquiriu outro bem, poderá ter como extinto o contrato preliminar e exigir danos materiais (nas categorias danos emergentes e lucros cessantes) e danos morais.

Anote-se que a jurisprudência superior tem entendido que, em regra, o mero descumprimento do

contrato, preliminar ou definitivo, não enseja a reparação imaterial. Todavia, em casos excepcionais, de longa demora na celebração do contrato definitivo, o dano moral pode estar presente. A ementa a seguir sintetiza tal forma de pensar, tratando de hipótese de compromisso de compra e venda registrado:

> "Recurso especial. Ação de rescisão de compromisso de compra e venda de imóvel. Mora da construtora promitente vendedora. Restituição integral das parcelas pagas. Cabimento. Impontualidade na entrega do imóvel. Dano moral. Inexistência, em regra. Precedentes. Recurso especial parcialmente provido. I – O consumidor está autorizado, por nosso ordenamento jurídico, a pleitear a rescisão contratual, bem como a devolução imediata dos valores pagos. II – Decorrente da rescisão contratual, em virtude da mora injustificada da Construtora, promitente vendedora, a devolução integral das parcelas pagas é medida de rigor e está em consonância com a orientação preconizada por esta Corte Superior. III – Todavia, salvo circunstância excepcional que coloque o contratante em situação de extraordinária angústia ou humilhação, não há dano moral. Isso porque, o dissabor inerente à expectativa frustrada decorrente de inadimplemento contratual se insere no cotidiano das relações comerciais e não implica lesão à honra ou violação da dignidade humana. Precedentes. IV – Recurso especial parcialmente provido" (STJ, REsp 1.129.881/RJ, Rel. Min. Massami Uyeda, 3.ª Turma, j. 15.09.2011, *DJe* 19.12.2011).

Mais especificamente, reconhecendo a possibilidade de reparação moral, pelo fato de o imóvel ter sido entregue muito tempo após o prazo estipulado, vejamos publicação constante do *Informativo* n. *473* daquela Corte Superior:

> "Incorporação imobiliária. Há mais de 12 anos houve a assinatura do contrato de promessa de compra e venda de uma unidade habitacional. Contudo, passados mais de nove anos do prazo previsto para a entrega, o empreendimento imobiliário não foi construído por incúria da incorporadora. Nesse contexto, vê-se que a inexecução causa séria e fundada angústia no espírito do adquirente a ponto de transpor o mero dissabor oriundo do corriqueiro inadimplemento do contrato, daí ensejar, pela peculiaridade, o ressarcimento do dano moral. Não se desconhece a jurisprudência do STJ quanto a não reconhecer dano moral indenizável causado pelo descumprimento de cláusula contratual, contudo há precedentes que excepcionam as hipóteses em que as circunstâncias atinentes ao ilícito material têm consequências severas de cunho psicológico, mostrando-se como resultado direto do inadimplemento, a justificar a compensação pecuniária, tal como ocorre na hipótese. Outrossim, é certo que a Lei n. 4.591/1964 (Lei do Condomínio e Incorporações) determina equiparar o proprietário do terreno ao incorporador, imputando-lhe responsabilidade solidária pelo empreendimento. Mas isso se dá quando o proprietário pratica atividade que diga respeito à relação jurídica incorporativa, o que não ocorreu na hipótese, em que sua atuação, conforme as instâncias ordinárias, limitou-se à mera alienação do terreno à incorporadora, o que não pode ser sindicado no especial, por força da Súm. n. 7-STJ. Dessarte, no caso, a responsabilidade exclusiva pela construção do empreendimento é, sem dúvida, da incorporadora. Precedentes citados: REsp 1.072.308/RS, *DJe* 10/6/2010; REsp 1.025.665/RJ, *DJe* 9/4/2010; REsp 617.077/RJ, *DJe* 29/4/2011; AgRg no Ag 631.106/RJ, *DJe* 8/10/2008, e AgRg no Ag 1.010.856/RJ, *DJe* 1.º/12/2010" (STJ, REsp 830.572/RJ, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 17.05.2011).

Mais uma vez, o julgado se refere a compromisso de compra e venda de imóvel registrado. Porém, o raciocínio é o mesmo no caso de não estar o compromisso inscrito na matrícula do imóvel. Na verdade, deve-se pensar que, em alguns casos, o descumprimento contratual pode representar lesão a direitos fundamentais amparados pelo Texto Maior, caso da moradia. Nessa linha, o Enunciado n. 411 do CJF/STJ, da *V Jornada de Direito Civil*, originário de proposta formulada por este autor: "O descumprimento de contrato pode gerar dano moral quando envolver valor fundamental protegido pela Constituição Federal de 1988".

Pois bem, a segunda figura é o *compromisso de compra e venda de imóvel registrado na matrícula do imóvel*. Na prática, frise-se, tais negócios são, no geral, utilizados nas vendas financiadas a longo prazo, notadamente por meio de incorporações imobiliárias. Não se trata de um contrato preliminar, mas de um negócio jurídico definitivo, "perfeito e acabado. Não se trata de um contrato preliminar típico" (VENOSA, Sílvio de Salvo. *Código*..., 2010, p. 1.375).

Assim, se ocorrer tal registro, estar-se-á diante de um direito real de aquisição a favor do

comprador, reconhecido expressamente pelo arts. 1.225, inc. VII, e 1.417 do CC/2002. No mesmo sentido, o art. 5.º do Decreto-Lei 58/1937 estabelece que averbação do compromisso de compra e venda na matrícula atribui ao compromissário comprador direito real oponível a terceiros, quanto à alienação ou oneração posterior. Em complemento, o art. 25 da Lei 6.766/1979 dispõe que são irretratáveis os compromissos de compra e venda, cessões e promessas de cessão que atribuem direito a adjudicação compulsória e, estando registrados, conferem direito real oponível a terceiros. Os preceitos, especialmente no tocante à adjudicação compulsória, têm origem na antiga Súmula 413 do Supremo Tribunal Federal, de 1964, que previa: "O compromisso de compra e venda de imóveis, ainda que não loteados, dá direito a execução compulsória, quando reunidos os requisitos legais".

Esclareça-se, por oportuno, a dicção do art. 463, parágrafo único, do CC/2002, segundo o qual "O contrato preliminar deverá ser levado ao registro competente". A questão é esclarecida pelo Enunciado n. 30 do Conselho da Justiça Federal e do Superior Tribunal de Justiça, aprovado na *I Jornada de Direito Civil*: "A disposição do parágrafo único do art. 463 do novo Código Civil deve ser interpretada como fator de eficácia perante terceiros". Em suma, a palavra "deve", constante do comando legal em questão, deve ser interpretada como sendo um "pode", o que traduz o entendimento majoritário dos civilistas brasileiros.

A irretratabilidade da figura em estudo já era reconhecida pela Súmula 166 do Supremo Tribunal Federal, de dezembro de 1963, que culminou com a elaboração do último comando e do art. 1.417 do CC/2002: "É inadmissível o arrependimento no compromisso de compra e venda sujeito ao regime do Dec.-Lei 58, de 10.12.1937". Nesse ponto, há outra diferença substancial em relação ao compromisso de compra e venda não registrado na matrícula, uma vez que a última figura admite cláusula de arrependimento, como visto. No caso do compromisso de compra e venda registrado na matrícula, a cláusula de arrependimento deve ser considerada como nula, por *nulidade absoluta virtual*, eis que a lei proíbe a prática do ato sem cominar sanção (art. 166, inc. VI, segunda parte, do CC/2002).

Outra questão a ser pontuada é que, nos termos do art. 26 da Lei 6.766/1979 e do art. 1.417 do Código Civil, os compromissos de compra e venda, as cessões ou promessas de cessão que admitem registro poderão ser feitos por escritura pública ou por instrumento particular. Assim, não é obrigatória a solenidade da escritura pública, o que também ocorre com o compromisso de compra e venda não registrado.

Ato contínuo, a categoria em estudo, em havendo o registro, tem *efeitos reais erga omnes*, gerando uma *obrigação de dar* a coisa. Tanto isso é verdade que, não sendo essa entregue, caberá *ação de adjudicação compulsória* por parte do compromissário comprador, em face do promitente vendedor ou de terceiro. Para que a coisa seja entregue, o preço da coisa deve ser depositado, de forma integral ou substancial (art. 1.418 do CC/2002). Além da adjudicação compulsória, é possível que o compromissário comprador pleiteie a rescisão do contrato e exija perdas e danos, inclusive morais, na linha do último julgado do Superior Tribunal de Justiça transcrito. O exemplo típico envolve a demora excessiva em se entregar o imóvel.

Na verdade, a presença de uma *obrigação de dar* ou de *fazer* no compromisso de compra e venda registrado divide a doutrina. De início, a existência de uma *obrigação de fazer* é afirmada por juristas como Luciano de Camargo Penteado (*Direito*..., 2012, p. 506), Sílvio de Salvo Venosa (*Código*..., 2010, p. 1.277), Gustavo Tepedino, Maria Celina Bodin de Moraes e Heloísa Helena

Barboza (*Código*..., 2011, v. III, p. 849). A maioria dos arestos segue tal entendimento (A ilustrar: STJ, REsp 737.047/SC, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3.ª Turma, j. 16.02.2006, *DJ* 13.03.2006, p. 321 e REsp 426.149/RS, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, 4.ª Turma, j. 05.09.2002, *DJ* 28.10.2002, p. 325).

Por outra via, há quem entenda pela existência de uma *obrigação de dar*, caso de Maria Helena Diniz (*Código*..., 2010, p. 985), doutrinadora que influenciou este autor. No mesmo sentido, leciona Orlando Gomes que, "assim sendo, está excluída a possibilidade de ser o compromisso de venda e compra um contrato preliminar, porque só é possível adjudicação compulsória nas obrigações de dar e, como todos sabem, o contrato preliminar ou promessa de contratar gera uma obrigação de fazer, a de celebrar o contrato definitivo" (GOMES, Orlando. *Direitos*..., 2004, p. 361). Na mesma esteira, José Osório de Azevedo Jr. há muito tempo sustenta que, "em matéria de imóveis, o compromisso de venda equivale à venda. Não é pelo fato de serem dois respectivos regimes jurídicos que não se pode fazer tal afirmação" (AZEVEDO JR., José Osório de. *Compromisso*..., 1992, p. 66). Na prática jurisprudencial, infelizmente, esse último entendimento parece ser o minoritário.

Exposta a controvérsia, a encerrar a presente seção, é forçoso conceituar o compromisso de compra e venda de imóvel registrado, tido como *um negócio jurídico pelo qual o vendedor se compromete, de forma irretratável e tendo sido pago o preço, a transferir ao comprador a propriedade de um determinado imóvel. Trata-se de um direito real de aquisição reconhecido pelo ordenamento jurídico brasileiro que, como tal, gera efeitos* erga omnes. As partes do negócio são o promitente vendedor e o compromissário comprador. O último também pode ser denominado como promitente vendedor, eis que o próprio Código Civil utiliza tal nomenclatura, no seu art. 1.225, inc. VII.

7.3 REQUISITOS DE VALIDADE E FATORES DE EFICÁCIA DO COMPROMISSO IRRETRATÁVEL DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL

Como todo negócio jurídico, o compromisso de compra e venda deve apresentar requisitos de validade e fatores de eficácia, o que igualmente muito interessa à prática. Em relação ao plano da existência, como a nossa legislação não o adotou expressamente, está *embutido* no plano da validade.

Iniciando-se pelos requisitos de validade, repise-se que o art. 104 do Código Civil elenca a capacidade das partes; o objeto lícito, possível, determinado ou determinável; a forma prescrita ou não defesa em lei. Acrescente-se a vontade livre, sem os vícios do consentimento, retirada do primeiro elemento. Presente um dos defeitos da vontade, como o erro, o dolo, a coação, o estado de perigo ou a lesão, o compromisso será anulável, conforme o art. 171, inc. II, do CC.

Em relação à capacidade das partes, o compromisso de compra e venda celebrado por absolutamente incapaz, sem a devida representação, deve ser reputado nulo de pleno direito (art. 166, inc. I, do CC). Em havendo um compromisso constituído por relativamente incapaz, sem a devida assistência, o negócio é anulável (art. 171, inc. I, do CC).

Da capacidade retira-se a *legitimação*, qualidade especial para o ato que se estuda. Nesse ponto entram em cena questões interessantes a respeito do compromisso irretratável de compra e venda. De início, insta verificar se a celebração do compromisso de compra e venda por pessoa casada exige

ou não a outorga conjugal, a englobar a outorga uxória e a marital, nos termos dos arts. 1.647 a 1.649 da codificação privada.

Na linha do que era defendido nas edições anteriores desta obra, deve ser considerada como necessária a outorga conjugal para o compromisso irretratável de compra e venda, com exceção de ser o vendedor casado pelo regime da separação absoluta de bens, entendida esta como a separação convencional (art. 1.647, inc. I, do CC). Em suma, sendo o vendedor casado pelos regimes da comunhão universal, comunhão parcial, participação final nos aquestos ou separação obrigatória de bens, a vênia conjugal é necessária, sob pena de anulabilidade do compromisso (art. 1.649 do CC).

A ação anulatória está sujeita a prazo decadencial de dois anos, a contar da dissolução da sociedade conjugal, podendo ser proposta pelo cônjuge que deveria ter dado a outorga ou por seus herdeiros (art. 1.650 do CC). No caso do regime da participação final nos aquestos, raro na prática, o pacto antenupcial pode dispensar a outorga conjugal para atos relativos a bens imóveis (art. 1.656 do CC). Todas as premissas valem apenas para o vendedor, e não para o comprador do imóvel, pois para o ato de compra a outorga não é necessária.

Na doutrina, esse parece ser o entendimento majoritário, como bem sintetiza Marco Aurélio Bezerra de Melo: "No atual direito civil, a controvérsia está pacificada, sendo anulável o compromisso sem a observância do requisito do consentimento" (*Direito*..., 2007, p. 367). Na mesma linha, Gustavo Tepedino, Maria Celina Bodin de Moraes e Heloísa Helena Barboza citam como fundamento o art. 11, § 2.º, do Decreto-lei 58/1937, segundo o qual, para os compromissos abrangidos pela lei, "é indispensável a outorga uxória quantos seja casado o vendedor" (*Código*..., 2011, v. III, p. 1418). Deve-se atualizar a última norma, entendendo como outorga uxória também a marital. Da antiga jurisprudência paulista, concluindo pela exigência da vênia do cônjuge:

> "Compromisso de compra e venda. Imóvel. Anulação pretendida quase vinte anos depois. Admissibilidade. Falta de outorga uxória. Compromisso valorizado como direito real de múltiplas e extraordinárias consequências. Determinada retomada do julgado em Primeiro Grau, com ênfase para a questão do interesse econômico da mulher em anular o negócio antigo. Artigo 76 do Código Civil. Recurso provido para esse fim" (TJSP, Apelação Cível 62.485-4, Cardoso, 3.ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Ênio Santarelli Zuliani, j. 09.02.1999).

Por outra via, consigne-se que, no caso de compromisso de compra e venda não registrado, entende-se pela desnecessidade da outorga, diante da existência de efeitos meramente obrigacionais do ato, o que está plenamente correto (STJ, AgRg no REsp 1.141.156/AM, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4.ª Turma, j. 11.04.2013, *DJe* 17.04.2013; REsp 677.117/PR, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3.ª Turma, j. 02.12.2004, *DJ* 24.10.2005, p. 319). Em outro julgado da Corte Superior, diferenciando-se os efeitos reais e pessoais do compromisso, exigindo-se a outorga no primeiro caso, assentou-se: "Deveras, a decisão hostilizada salientou que a ação ajuizada – ação de rescisão contratual – era pessoal, e não real imobiliária, não se aplicando, portanto, o art. 10 do CPC. Assim, como a demanda se fundava no direito contratual, gerando apenas efeitos obrigacionais, desnecessária se tornava a outorga uxória e a citação do cônjuge. O acórdão paradigma, por seu turno, versou sobre ação reivindicatória, que é uma ação real, fundada no direito de propriedade. Sendo assim, seria necessária a citação da mulher do demandado" (STJ, AgRg nos EREsp 677.117/PR, Rel. Min. Jorge Scartezzini, 2.ª Seção, j. 08.03.2006, *DJ* 20.03.2006, p. 190).

Ainda no que toca à legitimação, também tem aplicação ao compromisso irretratável de compra e

venda, devidamente registrado, o art. 496 do Código Civil, que exige, na venda de ascendente para descendente, a autorização dos demais descendentes e do cônjuge do alienante, sob pena de anulabilidade do ato. Vale lembrar que, pela dicção legal, a autorização do cônjuge é dispensada no regime da separação legal ou obrigatória, imposta nos casos do art. 1.641 da codificação.

Deve ser esclarecido que a aplicação do art. 496 do CC/2002 para o compromisso de compra e venda não representa analogia ou interpretação extensiva, o que não seria possível, pois a norma é restritiva da autonomia privada. Trata-se de uma *interpretação declarativa*, uma vez que, na linha doutrinária antes esposada, este autor acredita que o compromisso irretratável equivale à compra e venda, gerando uma obrigação de dar e não de fazer. Tal exigência pode ser encontrada em interessante julgado do Tribunal Paulista (TJSP, Apelação 0031978-59.2007.8.26.0451, Acórdão 5182705, Piracicaba, 5.ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. James Siano, j. 08.06.2011, *DJESP* 13.07.2011). Mais uma vez, esclareça-se que no compromisso de compra e venda não registrado na matrícula não se deve aplicar a exigência em comento, pois os seus efeitos são meramente obrigacionais.

Ainda no plano da validade, partindo para o objeto do compromisso, se esse for ilícito, impossível, indeterminado ou indeterminável, nulo será o negócio correspondente, por força do art. 166, inc. II, do CC. Ilustrando, em havendo simulação, a gerar a ilicitude do objeto, o compromisso de compra e venda deve ser reputado nulo, também por força do art. 167 da mesma norma civil privada. Pontuo que a simulação passou a ser relacionada à ordem pública, gerando sempre a nulidade do ato eivado desse vício social.

Quanto à forma prescrita em lei, frise-se, mais uma vez, que o compromisso de compra e venda pode ser feito por instrumento público ou particular (art. 11 do Decreto-lei 58/1937, art. 26 da Lei 6.766/1979 e art. 1.417 do CC/2002). Não se trata, assim, de um negócio jurídico solene, mas não solene, pois a escritura pública é dispensada pela realidade legislativa. Porém, a forma escrita é necessária, havendo um negócio jurídico formal.

A encerrar a presente seção, no que concerne à eficácia, frise-se que, para gerar os efeitos expostos neste capítulo, o compromisso de compra e venda deve ser registrado na matrícula do imóvel, no Cartório de Registro Imobiliário (CRI, RGI ou RI). Trata-se de uma condição necessária para os efeitos *erga omnes*, diante do surgimento de um direito real.

7.4 INADIMPLEMENTO DAS PARTES NO COMPROMISSO IRRETRATÁVEL DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL

Tema sempre em debate na jurisprudência nacional diz respeito ao inadimplemento do compromisso irretratável de compra e venda, devendo este importante tópico ser dividido conforme o inadimplemento se dá pelo promitente vendedor ou pelo compromissário comprador.

Deve ficar claro que o que se estuda diz respeito ao descumprimento do que foi contratado e não ao arrependimento das partes, uma vez que esse não é possível no compromisso de compra e venda registrado, seja por cláusula contratual, seja por exercício de direito. O arrependimento, como visto, somente é viável no compromisso de compra e venda não registrado.

7.4.1 Inadimplemento por parte do promitente vendedor

Determina o antes exposto art. 1.417 do CC/2002 que, mediante promessa de compra e venda, em que não se pactuou arrependimento, celebrada por instrumento público ou particular, e registrada no Cartório de Registro de Imóveis, adquire o promitente comprador direito real à aquisição do imóvel.

Como ficou claro, esse direito real possibilita a reivindicação da coisa em face de qualquer terceiro que eventualmente a adquiriu indevidamente. Nesse sentido, é claro o Enunciado n. 253 CJF/STJ: "O promitente comprador, titular de direito real (art. 1.417), tem a faculdade de reivindicar de terceiro o imóvel prometido à venda".

O enunciado doutrinário propicia, também, que o compromissário comprador oponha embargos de terceiro em ação em que o bem prometido tenha sido constrito judicial, direito que igualmente existe no caso de não ter sido o compromisso registrado na matrícula do imóvel, por força da Súmula 84 do Superior Tribunal de Justiça ("É admissível a oposição de embargos de terceiro fundados em alegação de posse advinda de compromisso de compra e venda de imóvel, ainda que desprovido de registro"). Eis aqui outra aproximação das duas categorias.

Pela dicção legal, o promitente ou compromissário comprador, titular desse direito real, pode exigir do promitente vendedor, ou de terceiros, a quem os direitos deste forem cedidos, a outorga da escritura definitiva de compra e venda, conforme o disposto no instrumento preliminar; e, se houver recusa, requerer ao juiz a adjudicação do imóvel (art. 1.418 do CC).

A norma tem aplicação a dois casos de inadimplemento do promitente vendedor. No primeiro, a parte se nega a outorgar a escritura definitiva, cabendo ação diretamente contra ela. No segundo, o promitente vendedor alienou o bem contra o terceiro, cabendo a ação de adjudicação compulsória contra ambos, em litisconsórcio necessário. Não cabe alegação de que o terceiro adquirente é de boa-fé, pois quando da compra do bem constava da matrícula do imóvel o registro do compromisso. Pela norma, mais uma vez, fica claro que o fim a que almeja o instituto é a entrega da coisa, ou seja, uma *obrigação de dar*. Para que a ação de adjudicação compulsória seja viável, reafirme-se, o compromissário comprador deve ter pagado o preço, total ou substancialmente.

Questão de intenso debate diz respeito à possibilidade de se exigir a multa diária ou *astreintes* na ação de adjudicação compulsória. O presente autor, desde as edições anteriores desta obra, entende pela sua viabilidade, até porque o art. 461-A do CPC possibilita a tutela específica nas obrigações de dar. Ato contínuo, se, apesar da multa e prazos fixados, o promitente vendedor não cumprir sua obrigação, a sentença valerá como título hábil a transferir a propriedade e será registrada no Cartório de Registro de Imóveis. Ademais, a multa ou *astreintes* pode decorrer de previsão contratual ou de imposição pelo juiz da causa. A fixação por contrato não obsta que o juiz modifique o seu valor, aumentando-o ou reduzindo-o, de acordo com a efetividade que se espera e as circunstâncias do caso concreto (art. 461, § 6.º, do CPC).

A questão da fixação da multa, todavia, não é pacífica. Marco Aurélio Bezerra de Melo, por exemplo, mudou sua opinião anterior, passando a seguir o entendimento de Alexandre Freitas Câmara, que sustenta a impossibilidade de fixação da *astreintes*. Para o processualista, aplica-se o art. 466-B do CPC, que afasta qualquer necessidade de fixação da penalidade: "E isto se dá pela simples razão de que não há aqui qualquer motivo para exercer sobre o devedor alguma pressão psicológica, uma vez que a sentença, por si só, já produz todos os efeitos que a declaração de

vontade do devedor produziria” (CÂMARA, Alexandre Freitas. *A nova*..., 2007, p. 65-66; MELO, Marco Aurélio Bezerra de. *Direito*..., 2007, p. 369).

Vale transcrever o art. 466-B do Estatuto Processual, que foi incluído pela Lei 11.232/2005, para as devidas reflexões: “Se aquele que se comprometeu a concluir um contrato não cumprir a obrigação, a outra parte, sendo isso possível e não excluído pelo título, poderá obter uma sentença que produza o mesmo efeito do contrato a ser firmado”. Na jurisprudência podem ser encontrados julgados que seguem a referida tese, defendida pelos Desembargadores do Tribunal Fluminense citados. Por todos:

“Obrigação de fazer. Outorga de escrituras definitivas de imóveis vendidos em leilão e cujos preços foram quitados pelos compradores. Sentença de procedência. Alegação do réu de que a autora adquiriu apenas direitos creditórios, e não direitos de aquisição sobre os imóveis. Venda de imóveis retomados de devedores pelo Banco e revendidos à autora na modalidade de leilão, cuja ata instrui a inicial. Negócio posteriormente instrumentalizado em contrato rotulado de venda e cessão de crédito. Inadmissibilidade do comportamento do Banco, que aliena imóveis em leilão, recebe o preço, mas se recusa a outorgar as escrituras de venda e compra. Desnecessidade de fixação de *astreintes*, pois a princípio, salvo outros entraves formais, a própria sentença substitui o consentimento injustamente negado pelo Banco. Majoração dos honorários advocatícios, fixados por equidade, uma vez que a sentença de adjudicação compulsória não tem natureza condenatória. Recurso da ré desprovido. Recurso da autora provido em parte” (TJSP, Apelação 0020992-62.2011.8.26.0562, Acórdão 6754171, Santos, 6.ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Francisco Loureiro, j. 23.05.2013, *DJESP* 04.06.2013).

Com o devido respeito, tal *efeito psicológico* justifica-se plenamente, até porque a satisfação pela sentença pode demorar muito, pela realidade dos trâmites processuais que temos no Brasil. Na prática, igualmente existem ementas que admitem a fixação de *astreintes* na ação de adjudicação compulsória, servindo para ilustrar:

“Agravo de instrumento. Adjudicação compulsória. ‘Astreintes’. Multa diária fixada em R$ 200,00 e limitada à quantia de R$ 20.000,00. Majoração para R$ 500,00 e sem limitação do correspondente valor, para conferir efetividade ao comando judicial. Necessidade de intimação pessoal do devedor e do decurso do respectivo prazo inteligência da Súmula n.º 410 do STJ. Recurso parcialmente provido” (TJSP, Agravo de Instrumento 0258959-63.2012.8.26.0000, Acórdão 6737056, São Paulo, 8.ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Theodureto Camargo, j. 15.05.2013, *DJESP* 23.05.2013).

“Processo civil. Agravo de instrumento. Ação de adjudicação compulsória cumulada com obrigação de fazer. Execução de sentença. Multa cominatória. Exceção de pré-executividade rejeitada. Alegação de não incidência da multa por falta de intimação pessoal para o cumprimento da obrigação. Súmula n.º 410 do STJ. Intimação pessoal realizada. Litigância de má-fé. Não verificação. Decisão agravada mantida. 1 – A prévia intimação pessoal do devedor constitui condição necessária para a cobrança da multa pelo descumprimento da obrigação de fazer ou não fazer. Inteligência da Súmula n.º 410 do STJ. 2 – Constatado que a agravante foi devidamente intimada para o cumprimento da obrigação, após ingresso dos agravados com execução provisória da sentença condenatória, mostra possível e legítima a cobrança das *astreintes*. 3 – Tendo a agravante sido intimada pessoalmente a cumprir espontaneamente a obrigação, em consonância com o estabelecido na Súmula n.º 410 do STJ, deve a decisão agravada, que rejeitou a exceção de pré-executividade oposta pela agravante para que a cobrança de multa diária fosse excluída, em face de sua não intimação pessoal, ser mantida, senão pelas razões expendidas pelo d. Magistrado, mas por outras. 4 – Não verificadas as hipóteses previstas no art. 17 do CPC, incabível a condenação por litigância de má-fé. 5 – Agravo de instrumento conhecido e desprovido. Decisão que rejeitou a exceção pré-executividade mantida” (TJDF, Recurso 2012.00.2.022802-3, Acórdão 639.948, 1.ª Turma Cível, Rel. Des. Alfeu Gonzaga Machado, *DJDFTE* 12.12.2012, p. 263).

Exposta a controvérsia, outra questão diz respeito ao prazo para a propositura da ação de adjudicação compulsória. Mais uma vez, na linha do que era defendido quando a obra era escrita em coautoria com José Fernando Simão, é forçoso concluir que essa ação, por sua natureza essencialmente declaratória, é imprescritível, ou melhor, não está sujeita a prazo de prescrição ou de decadência. Em reforço para a premissa, a demanda envolve, via de regra, o direito fundamental à

moradia, tutelado pelo art. 6.º do Texto Maior. Vale aqui transcrever as lições de José Osório de Azevedo Jr., no mesmo sentido:

"A melhor solução é mesmo a de se admitir a imprescritibilidade da ação de adjudicação compulsória. Se o compromissário não perdeu o seu direito em razão de aquisição por parte de outrem; se o direito e a paz social recomendam a regularização e definição das situações jurídicas, particularmente no sensível campo da propriedade imobiliária; se a todo direito corresponde uma ação que o assegura; não pode manter a situação contraditória em que o compromissário permanece com o seu direito sobre o imóvel e o compromitente fica desobrigado de dar escritura. Impõe-se a intervenção do Judiciário para resolver a pendência, com a presteza e simplicidade necessárias, sem o aguardo de longos prazos e sem os percalços da ação de usucapião" (*Compromisso*..., 1992, p. 70).

Na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça são encontrados julgados que seguem tal entendimento, o mais correto, na *opinio* deste autor:

"Promessa de compra e venda. Inscrição (registro). Prescrição. 1. A promessa gera direito a aquisição e dispõe de direito real. Só se perde a propriedade (direito real) pela sua aquisição por outrem (por exemplo, pelo usucapião); não se perde a propriedade pelo não uso. Em caso tal, é inaplicável o disposto no art. 177 do CC" (STJ, REsp 76.927/MG, Rel. Min. Nilson Naves, 3.ª Turma, j. 21.11.1997, *DJ* 13.04.1998, p. 115).

"Promessa de compra e venda. Escritura definitiva. Adjudicação. Prescrição. Não prescreve o direito de a promissária compradora obter a escritura definitiva do imóvel, direito que só se extingue frente ao de outrem, amparado pelo usucapião. Recurso não conhecido" (STJ, REsp 369.206/MG, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, Rel. p/ Acórdão Min. Ruy Rosado de Aguiar, 4.ª Turma, j. 11.03.2003, *DJ* 30.06.2003, p. 254).

Também pela imprescritibilidade da ação de adjudicação compulsória filiam-se Gustavo Tepedino, Maria Celina Bodin de Moraes e Heloísa Helena Barboza, no caso de ser o compromisso de compra e venda de imóvel registrado na matrícula. Porém, os doutrinadores sinalizam que a ação de adjudicação compulsória está sujeita ao prazo prescricional de cinco anos relativo aos instrumentos públicos e particulares (art. 206, § 5.º, inc. I, do CC/2002), no caso de compromissos de compra e venda não registrados. Segundo demonstram os juristas, assim se posiciona o mesmo Superior Tribunal de Justiça (*Código*..., 2011, v. III, p. 852. Citam, por exemplo: STJ, REsp 939/GO, REsp 219.538 e REsp 299.485/SP).

Com o devido respeito, este autor pensa que a ação de adjudicação compulsória deve ser imprescritível nos dois casos. *Primeiro*, porque a falta de registro do compromisso não retira a sua natureza declaratória. *Segundo*, diante da tutela da moradia, que também pode envolver os compromissos de compra e venda não registrados. *Terceiro*, pelo sadio diálogo de aproximação entre os direitos reais e os direitos pessoais patrimoniais, especialmente quanto aos seus efeitos.

Por derradeiro, não se olvide, mais uma vez, que o inadimplemento por parte do promitente vendedor não afasta a possibilidade de o compromissário comprador ter o negócio como extinto e exigir perdas e danos. Nessas últimas podem estar incluídos os danos morais, como naqueles casos, outrora citados, de grande demora na entrega do imóvel.

7.4.2 Inadimplemento por parte do compromissário comprador

Por outra via, em havendo inadimplemento por parte do compromissário comprador, caberá, por parte do promitente vendedor, uma *ação de rescisão do contrato, cumulada com a reintegração de posse do imóvel*. Não se pode esquecer que, antes da propositura da ação, deve o credor interpelar

judicial ou extrajudicialmente o devedor, constituindo-o em mora (mora *solvendi ex persona*).

Essa exigência foi instituída pelo Decreto-lei 745/1969, *in verbis*: "Nos contratos a que se refere o artigo 22 do Decreto-lei 58, de 10 de dezembro de 1937, ainda que deles conste cláusula resolutiva expressa, a constituição em mora do promissário comprador depende de prévia interpelação, judicial ou por intermédio do cartório de Registro de Títulos e Documentos, com quinze (15) dias de antecedência".

Na mesma linha, prevê o art. 32 da Lei 6.766/1979 que, vencida e não paga a prestação, o contrato será considerado rescindido trinta dias depois de constituído em mora o devedor. A jurisprudência superior entende que a constituição em mora é necessária mesmo havendo compromisso de compra e venda não registrado, o que, mais uma vez, aproxima os institutos (Súmula 76 do STJ). Deve ficar claro que a existência de cláusula resolutiva expressa não afasta a necessidade do ato anterior. Para exemplificar:

> "Processual civil. Ação de rescisão de promessa de compra e venda, cumulada com pedido de reintegração de posse. Cláusula resolutiva expressa. Ineficácia. Necessidade de prévia interpelação para constituição do devedor em mora. Decreto-lei 745/1969, art. 1.º. Aplicação imediata. I – 'A falta de registro do compromisso de compra e venda de imóvel não dispensa a prévia interpelação para constituir em mora o devedor' (Súmula 76/STJ). II – A exigência de notificação prévia, instituída pelo art. 1.º do Decreto-lei 745/1969, para a constituição em mora do devedor, tem aplicação imediata, por se tratar de norma de direito processual. III – A falta de interpelação para constituição da mora acarreta a extinção do processo. IV – Recurso especial conhecido e provido" (STJ, REsp 45.845/SP, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, 3.ª Turma, j. 06.08.2002, *DJ* 23.09.2002, p. 350).

Em suma, não se aplica para o compromisso de compra e venda, registrado ou não, o art. 474 do Código Civil, segundo o qual a cláusula resolutiva expressa opera de pleno direito. A necessidade de notificação prévia do compromissário comprador segue a linha do dever de informação, um dos deveres anexos que decorrem da boa-fé objetiva, sendo salutar tal exigência.

Sob o outro prisma, poderá o compromissário comprador desistir do negócio, o que equivale ao inadimplemento, pois não se admite, no compromisso de compra e venda registrado, a cláusula de arrependimento, aquela que dá às partes um direito potestativo à extinção. Prevê a Súmula 1 do Tribunal de Justiça de São Paulo que "O compromissário comprador de imóvel, mesmo inadimplente, pode pedir a rescisão do contrato e reaver as quantias pagas, admitida a compensação com gastos próprios de administração e propaganda feitos pelo compromissário vendedor, assim como com o valor que se arbitrar pelo tempo de ocupação do bem".

Ato contínuo, conforme a Súmula 3 do mesmo Tribunal Estadual, sendo reconhecido que o compromissário comprador tem direito à devolução das parcelas pagas por conta do preço, as partes deverão ser repostas ao estado anterior, independentemente de reconvenção. Assim sendo, restituída parte do que foi pago ao comprador, com os abatimentos de administração contratual, o imóvel será devolvido ao promitente vendedor.

Na esteira da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, conclui-se pela nulidade da cláusula que prevê a perda de todas as parcelas pagas pelo compromissário comprador. Repita-se que o compromisso de compra e venda registrado – em especial nas hipóteses de incorporação imobiliária – constitui um negócio de consumo, regido pela Lei 8.078/1990. Por isso, incide o art. 53 do CDC que consagra a nulidade da cláusula que determina a perda de todas as parcelas pagas nos financiamentos em geral (*cláusula de decaimento*). Por todos os arestos, concluindo desse modo:

“Direito civil. Promessa de compra e venda. Desistência. Possibilidade. Devolução das parcelas pagas. Retenção de 25% a título de indenização. 1. O entendimento firmado no âmbito da Segunda Seção é no sentido de ser possível a resilição do compromisso de compra e venda, por parte do promitente comprador, quando se lhe afigurar economicamente insuportável o adimplemento contratual. 2. É direito do consumidor, nos termos da jurisprudência cristalizada da Corte, a restituição dos valores pagos ao promitente vendedor, sendo devida a retenção de percentual razoável a título de indenização, o qual ora se fixa em 25% do valor pago. 3. Recurso especial provido” (STJ, REsp 702.787/SC, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4.ª Turma, j. 1.º.06.2010, *DJe* 08.06.2010).

“Agravo regimental. Agravo de instrumento. Civil. Promessa de compra e venda de imóvel. Rescisão contratual. Iniciativa do devedor. Devolução de quantias pagas. Percentual de retenção. Sucumbência recíproca. Súmula 07/STJ. Perda do sinal. Impossibilidade. Arras confirmatórias. 1. A jurisprudência desta Corte Superior prega ser possível a resilição contratual do compromisso de compra e venda por iniciativa do devedor, quando ele não possuir mais condições econômicas para arcar com o pagamento das prestações pactuadas com a promitente-vendedora (construtora ou incorporadora), mormente se estas se tornarem excessivamente onerosas. 2. A resolução unilateral, nesses casos, enseja a restituição das parcelas pagas pelo promissário-comprador, mas não em sua totalidade, haja vista a incidência de parcela de retenção para fazer frente ao prejuízo causado com o desgaste da unidade imobiliária e as despesas com administração, corretagem, propaganda e outras congêneres suportadas pela empresa vendedora. 3. Se o Tribunal de origem fixou o percentual de retenção com base na razoabilidade, examinando, para tanto, o acervo fático e probatório dos autos, alterar tal entendimento encontra óbice na Súmula 07 do STJ. (...)” (STJ, AgRg no Ag 717.840/MG, Rel. Min. Vasco Della Giustina (Desembargador Convocado do TJ/RS), 3.ª Turma, j. 06.10.2009, *DJe* 21.10.2009).

Com o devido respeito, os julgados parecem confundir os termos *resolução* – que significa inadimplemento – e *resilição* – extinção do contrato diante de um direito potestativo, atribuído pela lei. Nos casos em que o compromissário comprador não consegue pagar o preço, a hipótese parece ser de resolução, e não de resilição. Como se nota, a cláusula de perda de todas as parcelas pagas é considerada nula. Na opinião deste autor, a cláusula é nula mesmo se o contrato não for de consumo, por clara lesão à função social do contrato e da boa-fé objetiva, havendo ilicitude do seu objeto (art. 166, inc. II, do CC).

Todavia, mesmo sendo reconhecida tal nulidade, o promitente vendedor pode reter um percentual do montante do que foi pago pelo compromissário comprador, com os fins de cobrir as despesas e os prejuízos decorrentes do inadimplemento. Na linha do primeiro julgado transcrito, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem fixado o percentual de 25% do montante do que foi pago. Confirmando a premissa: “Agravo regimental nos embargos de declaração no agravo de instrumento. Compromisso de compra e venda. Resilição unilateral pelo comprador. Retenção. Percentual de 25% das parcelas pagas. Precedentes. 1. A jurisprudência desta Corte encontra-se consolidada no sentido da adoção do percentual de 25% (vinte e cinco por cento) de retenção pela vendedora para o caso de resilição unilateral por insuportabilidade do comprador no pagamento das parcelas. 2. Agravo regimental não provido” (STJ, AgRg nos EDcl no Ag 1.136.829/SP, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, 3.ª Turma, j. 14.05.2013, *DJe* 24.05.2013).

Todavia, outros parâmetros são encontrados no próprio STJ, como 20% do valor pago (STJ, RCDESP no AREsp 208.018/SP, Rel. Min. Sidnei Beneti, 3.ª Turma, j. 16.10.2012, *DJe* 05.11.2012) ou até 40% (STJ, AgRg no Ag 1.283.663/SP, Rel. Min. Sidnei Beneti, 3.ª Turma, j. 14.12.2010, *DJe* 03.02.2011). Na opinião deste autor, a fixação de um percentual sempre fixo pode ser injusta, devendo as peculiaridades do caso concreto e o tempo de adimplemento influenciar no percentual a ser devolvido. Muitos dos julgados tratam a hipótese como sendo de incidência de uma multa, mas, na verdade, o montante a ser devolvido tem natureza de indenização. Por isso, na *opinio* deste autor, o promitente vendedor deve provar o prejuízo suportado, caso a caso.

Quanto à forma de devolução das quantias pagas, totalmente correta a linha adotada pela Súmula 2, do Tribunal de Justiça de São Paulo, no sentido de que a devolução das quantias pagas deve ser

feita de uma vez só, não se sujeitando à mesma forma de parcelamento prevista para a aquisição do bem. Não é diferente a conclusão do Superior Tribunal de Justiça, conforme se retira de acórdão há pouco citado: "Esta Corte já decidiu que é abusiva a disposição contratual que estabelece, em caso de resolução do contrato de compromisso de compra e venda de imóvel, a restituição dos valores pagos de forma parcelada, devendo ocorrer a devolução imediatamente e de uma única vez" (STJ, RCDESP no AREsp 208.018/SP, Rel. Min. Sidnei Beneti, 3.ª Turma, j. 16.10.2012, *DJe* 05.11.2012).

Por fim, algumas breves palavras devem ser ditas a respeito de alguns valores abusivos que são cobrados do compromissário comprador, notadamente nos casos de longos financiamentos celebrados para a aquisição da casa própria, a tornar tais negócios verdadeiras armadilhas para os adquirentes.

Cite-se, por exemplo, a cobrança do Serviço de Assessoria Técnica Imobiliária (SATI), destinada a pagar os advogados da construtora, em especial por terem redigido os contratos. O valor geralmente corresponde a 0,8% sobre o preço do imóvel adquirido. Ora, impor um procurador obrigatório ao consumidor é cláusula abusiva, nula de pleno direito, por interpretação do art. 51, inc. VII, do CDC. E mesmo que assim não fosse, a cláusula, mais uma vez, viola a função social do contrato e a boa-fé objetiva, sendo nula por ilicitude do seu conteúdo (art. 166, inc. II, do CC). A abusividade é flagrante pelo fato de que o valor é cobrado até de especialistas em Direito, como advogados, promotores, juízes e professores, que não necessitam de tal assessoria.

Outra patente abusividade envolve os "juros no pé", que são cobrados dos adquirentes consumidores antes mesmo da entrega do imóvel. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, com razão, entendia pela impossibilidade de cobrança, pela ausência de capital principal sobre o qual incidiriam os juros. Por todos:

> "Direito civil e do consumidor. Promessa de compra e venda de imóvel. Cobrança de juros compensatórios durante a obra. 'Juros no pé'. Abusividade. Inexistência de empréstimo, financiamento ou qualquer uso de capital alheio. 1. Em contratos de promessa de compra e venda de imóvel em construção, descabe a cobrança de juros compensatórios antes da entrega das chaves do imóvel – 'juros no pé' –, porquanto, nesse período, não há capital da construtora/incorporadora mutuado ao promitente comprador, tampouco utilização do imóvel prometido. 2. Em realidade, o que há é uma verdadeira antecipação de pagamento, parcial e gradual, pelo comprador, para um imóvel cuja entrega foi contratualmente diferida no tempo. Vale dizer, se há aporte de capital, tal se verifica por parte do comprador para com o vendedor, de sorte a beirar situação aberrante a cobrança reversa de juros compensatórios, de quem entrega o capital por aquele que o toma de empréstimo. 3. Recurso especial improvido" (STJ, REsp 670.117/PB, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4.ª Turma, j. 14.09.2010, *DJe* 23.09.2010).

Porém, em sede de incidente de recursos repetitivos, houve uma reviravolta no entendimento anterior do STJ, que passou a entender pela legalidade da cobrança, um verdadeiro absurdo jurídico, na opinião deste autor:

> "Embargos de divergência. Direito civil. Incorporação imobiliária. Imóvel em fase de construção. Cobrança de juros compensatórios antes da entrega das chaves. Legalidade. 1. Na incorporação imobiliária, o pagamento pela compra de um imóvel em fase de produção, a rigor, deve ser à vista. Nada obstante, pode o incorporador oferecer prazo ao adquirente para pagamento, mediante parcelamento do preço. Afigura-se, nessa hipótese, legítima a cobrança de juros compensatórios. 2. Por isso, não se considera abusiva cláusula contratual que preveja a cobrança de juros antes da entrega das chaves, que, ademais, confere maior transparência ao contrato e vem ao encontro do direito à informação do consumidor (art. 6.º, III, do CDC), abrindo a possibilidade de correção de eventuais abusos. 3 No caso concreto, a exclusão dos juros compensatórios convencionados entre as partes, correspondentes às parcelas pagas antes da efetiva entrega das chaves, altera o equilíbrio financeiro da operação e a comutatividade da avença. 4. Precedentes: REsp n. 379.941/SP, Relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Terceira Turma, julgado em 3/10/2002, *DJ* 2/12/2002, p. 306, REsp n. 1.133.023/PE, REsp n. 662.822/DF, REsp n. 1.060.425/PE e REsp n. 738.988/DF, todos relatados pelo Ministro Aldir Passarinho Júnior, REsp n.

681.724/DF, relatado pelo Ministro Paulo Furtado (Desembargador convocado do TJBA), e REsp n. 1.193.788/SP, relatado pelo Ministro Massami Uyeda. 5. Embargos de divergência providos, para reformar o acórdão embargado e reconhecer a legalidade da cláusula do contrato de promessa de compra e venda de imóvel que previu a cobrança de juros compensatórios de 1% (um por cento) a partir da assinatura do contrato" (STJ, EREsp 670.117/PB, Rel. Min. Sidnei Beneti, Rel. p/ Acórdão Min. Antonio Carlos Ferreira, 2.ª Seção, j. 13.06.2012, *DJe* 26.11.2012).

A ementa traz a ousadia de citar a boa-fé e a transparência quando, na verdade, os "juros no pé" representam violação não só desse princípio, como também da função social do contrato e da propriedade.

Como tenho afirmado em aulas e palestras, os contratos para aquisição de imóvel de forma financiada no Brasil, a longo prazo, são verdadeiras *arapucas* aos adquirentes. Isso, não só por tais abusividades, mas por outras, como cobrança de juros abusivos, anatocismo (juros sobre juros), cobrança de valores que configuram lesão (como a comissão de permanência), multas excessivas, entre outros. Por isso não recomendo a celebração desses contratos, que tendem a gerar superendividamento dos adquirentes.

Há uma verdadeira exploração do *brasileiro comum*, que sonha com a sua casa própria. O sonho se transforma em pesadelo na realidade. Infelizmente, a piorar a situação, muitos desses contratos, abusivos na essência, são subsidiados por bancos com capital público, dando a falsa sensação, aos adquirentes, de que são negócios justos e seguros. Triste realidade vive o País...

7.5 QUESTÕES CONTROVERTIDAS ATUAIS SOBRE O COMPROMISSO IRRETRATÁVEL DE COMPRA E VENDA. INTERAÇÕES ENTRE OS DIREITOS REAIS E PESSOAIS. A SÚMULA 308 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E SUAS DECORRÊNCIAS. O "CONTRATO DE GAVETA"

A encerrar o presente capítulo, reafirme-se que o compromisso de compra e venda registrado *embaralha* os efeitos reais e pessoais, superando a clássica tabela que diferencia os direitos reais dos direitos pessoais patrimoniais (contratos). Reafirme-se que o tema é muito bem tratado por Luciano de Camargo Penteado, em sua tese de doutorado defendida na USP, trabalho que nos serviu de inspiração (PENTEADO, Luciano de Camargo. *Efeitos*..., 2007).

De imediato, não se pode esquecer o teor da Súmula 308 do Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual a hipoteca firmada entre a construtora e o agente financeiro, anterior ou posterior à celebração da promessa de compra e venda, não tem eficácia perante os adquirentes do imóvel. Pelo teor da ementa, a boa-fé objetiva, caracterizada pela pontualidade contratual, *vence a hipoteca*, que passa a ter efeitos *inter partes* (entre a construtora e o agente financeiro tão somente). Além disso, o compromisso de compra e venda, celebrado entre os adquirentes e a construtora, gera efeitos perante o agente financeiro. Como outrora apontado, a citada súmula tem origem na falência de construtoras no Brasil, como a Encol.

Anote-se que, como decorrência da súmula, a jurisprudência do mesmo Superior Tribunal de Justiça tem admitido ação proposta em face do agente financeiro para outorga da escritura definitiva e liberação da hipoteca, em litisconsórcio necessário com o promitente vendedor, o que parece correto:

"Promessa de compra e venda. Imóvel dado em hipoteca pela construtora a agente financeiro. Quitação do preço pelo adquirente.

Outorga de escritura definitiva. Liberação do ônus real. Demanda movida contra a incorporadora e o agente financiador. Litisconsórcio necessário. CPC, art. 47. Súmula 308-STJ. Danos materiais. Prova do prejuízo inexistente. Recurso especial. Súmula 7-STJ. Provimento parcial do segundo especial. (...). Deve o banco financiador, que detém a hipoteca, figurar no polo passivo da lide, na condição de litisconsorte necessário, sob pena de tornar-se inexequível o julgado, que determinou a liberação do gravame. III. 'A hipoteca firmada entre a construtora e o agente financeiro, anterior ou posterior à celebração da promessa de compra e venda, não tem eficácia perante os adquirentes do imóvel' – Súmula 308 – STJ. IV. Desacolhidos os danos materiais pelas instâncias ordinárias, por ausência de efetiva demonstração dos prejuízos, a controvérsia recai no reexame fático, vedado ao STJ por força da Súmula 7" (STJ, REsp 625.091/RJ, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, 4.ª Turma, j. 09.02.2010, *DJe* 08.03.2010).

Restringindo os efeitos do registro – assim como faz a Súmula 308 –, deduziu a mesma Corte Superior, em recente decisão relativa à alienação em duplicidade, que a boa-fé existente na perpetuação por anos da segunda alienação prevalece sobre o registro do primeiro compromisso de compra e venda. Vejamos a ementa desse polêmico e inovador julgado:

"Direito civil. Alienação em duplicidade. Promessa de compra e venda. Interpretação dos negócios jurídicos. Transmissão de propriedade imóvel. Código Civil de 1916. Transcrição. Segurança jurídica. Boa-fé. 1. Tem-se, na hipótese, alienação de imóvel em duplicidade. No caso dos autos, deve-se manter o acórdão que decidiu pela manutenção da segunda alienação porque o título correspondente está transcrito há mais de duas décadas, sendo que os primeiros adquirentes tinham apenas direito decorrente de compromisso de compra e venda que, embora com preço pago no ato e devidamente averbado, não teve seguimento providenciado pelos promitentes compradores. 2. Anote-se que nada impedia, aliás, ao contrário, tudo aconselhava, a imediata lavratura da escritura definitiva e respectivo registro, em região cheia de questões registrarias – contra as quais a prudência mandava acautelar-se. Recurso especial a que se nega provimento" (STJ, REsp 1.113.390/PR, Rel. Min. Sidnei Beneti, 3.ª Turma, j. 02.03.2010, *DJe* 15.03.2010).

Superado o estudo de situações em que são restringidos os efeitos do registro, veja-se que há hipóteses em que o raciocínio é o oposto, ou seja, amplia-se a eficácia do instituto de direito obrigacional. De início, não se pode esquecer o teor da Súmula 84 do Superior Tribunal de Justiça, pela qual é admissível a oposição de embargos de terceiro fundados em alegação de posse advinda do compromisso de compra e venda não registrado. Não há dúvidas de que a súmula traz hipótese de efeitos contratuais perante terceiros, em clara *tutela externa do crédito*, conforme preconizado por Enunciado CJF/STJ, que associa tal eficácia ao princípio da função social dos contratos (Enunciado n. 21 do CJF/STJ, art. 421 do CC).

Por derradeiro, como outra hipótese de ampliação dos efeitos contratuais, mencione-se o debate existente na jurisprudência a respeito do *contrato de gaveta* – comum nas hipóteses envolvendo o compromisso de compra e venda –, especialmente no tocante à geração de efeitos perante o promitente vendedor e a instituição financeira que subsidia a negociação.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tinha entendimento anterior no sentido de que, se o compromissário comprador transmite o negócio para outrem (chamado de *gaveteiro*), mesmo sem autorização da outra parte, seria possível que esse terceiro pretendesse direitos em face do vendedor, inclusive de revisão do negócio (STJ, AgRg no REsp 712.315-PR, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, 4.ª Turma, *DJ* 19.06.2006; REsp 710.805-RS, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, 2.ª Turma, *DJ* 13.02.2006; REsp 753.098-RS, Rel. Min. Fernando Gonçalves, *DJ* 03.10.2005).

Existiam decisões que apontavam como argumento o fato de a Lei 10.150/2000 permitir a regularização da transferência do imóvel ao *gaveteiro* (STJ, EDcl no REsp 573.059-RS, 1.ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, *DJ* 30.05.2005 e REsp 189.350-SP, 4.ª Turma, Rel. Min. Asfor Rocha, *DJ* 14.10.2002). Na opinião deste autor, as melhores ementas eram as que relacionavam todo o raciocínio com o princípio da função social do contrato, o que representava notável avanço para o

mundo contratual (STJ, AgRg no REsp 838.127/DF, 1.ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, j. 17.02.2009, *DJe* 30.03.2009 e REsp 769.418/PR, 1.ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, j. 15.05.2007).

Todavia, infelizmente, houve uma reviravolta no entendimento superior nos últimos anos. Passou-se a entender que, "Tratando-se de contrato de mútuo para aquisição de imóvel garantido pelo FCVS, avençado até 25/10/96 e transferido sem a interveniência da instituição financeira, o cessionário possui legitimidade para discutir e demandar em juízo questões pertinentes às obrigações assumidas e aos direitos adquiridos. (...) No caso de cessão de direitos sobre imóvel financiado no âmbito do Sistema Financeiro da Habitação realizada após 25/10/1996, a anuência da instituição financeira mutuante é indispensável para que o cessionário adquira legitimidade ativa para requerer revisão das condições ajustadas, tanto para os contratos garantidos pelo FCVS como para aqueles sem referida cobertura" (STJ, REsp 1.150.429/CE, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, Corte Especial, j. 25.04.2013, *DJe* 10.05.2013). Muitas outras decisões seguem essa linha, que é a predominante hoje na jurisprudência superior, servindo a ementa recente como exemplo dessa consolidação.

Em suma, na atualidade, é preciso verificar quando o negócio foi celebrado para a conclusão da necessidade ou não da autorização do promitente vendedor e da instituição financeira que subsidia o negócio. Mais uma vez, não se filia a essa *guinada* no posicionamento superior, pois o contrato de gaveta representa realidade a ser reconhecida no meio imobiliário brasileiro.

RESUMO ESQUEMÁTICO

TABELA COMPARATIVA. COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA.

Compromisso de compra e venda não registrado na matrícula do imóvel.	Compromisso de compra e venda registrado na matrícula do imóvel.
Natureza de contrato preliminar.	Natureza de direito real de aquisição.
Pode ser feito por instrumento público ou particular.	Pode ser feito por instrumento público ou particular, ocorrendo o registro no Cartório de Registro Imobiliário.
Admite cláusula de arrependimento.	Não admite cláusula de arrependimento, que deve ser considerada nula.
Efeitos obrigacionais inter partes.	Efeitos reais erga omnes.
É dispensada a outorga conjugal.	Exige-se a outorga conjugal, sob pena de anulabilidade do compromisso.
No caso de inadimplemento do promitente vendedor, o compromissário tem três opções contra o promitente vendedor, tão somente: 1.ª) Ação de obrigação de fazer (art. 463 do CC). 2.ª) Suprimento da vontade, como uma adjudicação compulsória "inter partes" (art. 464 do CC e Súmula 239 do STJ). 3.ª) Perdas e danos (art. 465 do CC).	No caso de inadimplemento do promitente vendedor, o compromissário comprador pode ingressar com ação de adjudicação compulsória em face do promitente vendedor ou de terceiro. Também é possível pleitear perdas e danos do promitente vendedor, como nos casos de longa demora na entrega do imóvel.

Gera uma obrigação de fazer o contrato definitivo.	O presente autor segue o entendimento de que gera uma obrigação de dar a coisa (Orlando Gomes e Maria Helena Diniz). Como afirma José Osório de Azevedo Jr., o compromisso registrado equivale à compra e venda.

QUESTÕES CORRELATAS

1. (Magistratura DF – 2011) Disciplina a lei civil que "mediante promessa de compra e venda, em que se não pactuou arrependimento, celebrada por instrumento público ou particular, e registrada no Cartório de Registro de Imóveis, adquire o promitente comprador direito real à aquisição do imóvel". De acordo com referida previsão legal, considere as proposições abaixo e assinale a incorreta:

(A) O direito real à aquisição do imóvel, no caso de promessa de compra e venda, sem cláusula de arrependimento, somente se adquire com o registro;

(B) O promitente comprador, titular de direito real, pode exigir do promitente vendedor, ou de terceiros, a quem os direitos deste forem cedidos, a outorga da escritura definitiva de compra e venda, conforme o disposto no instrumento preliminar; e, se houver recusa, requerer ao juiz a adjudicação do imóvel;

(C) O direito à adjudicação compulsória, quando exercido em face do promitente vendedor, não se condiciona ao registro da promessa de compra e venda no cartório do registro imobiliário;

(D) O promitente comprador, munido de promessa de compra e venda, ainda que não registrada no cartório de imóveis, tem a faculdade de reivindicar de terceiro o imóvel prometido à venda.

2. (Juiz de Direito/TJ-SP – 178.º Conc.) Destes assertos, só um é certo. Diga qual é.

(A) Com a promessa de compra e venda, de que não conste cláusula de arrependimento, adquire o promitente comprador, desde que inscrito o compromisso no Cartório de Registro de Imóveis, o direito de sequela.

(B) Para que o promitente comprador adquira direito real à aquisição do imóvel, é imprescindível conste da promessa de compra e venda cláusula expressa de irrevogabilidade.

(C) Somente a promessa de compra e venda celebrada por instrumento público dá ao promitente comprador direito real.

(D) Na promessa de compra e venda de imóvel não loteado, é condição legal da constituição do direito real à aquisição do imóvel a quitação do preço no ato.

3. (Juiz de Direito/TJ-SP – 177.º Conc.) Assinale a alternativa correta a respeito de compromisso de compra e venda de imóvel, sem cláusula de arrependimento e com cláusula resolutória expressa de que o não pagamento de três prestações consecutivas do preço, nas datas e locais convencionados, acarretará a sua rescisão de pleno direito.

(A) No caso de compromisso devidamente registrado, com cláusula resolutória expressa, considera-se rescindido de pleno direito o contrato após o decurso de 15 (quinze) dias do prazo do vencimento da última parcela, sem a purgação da mora pelo devedor.

(B) A resolução do contrato, na hipótese descrita nesta questão, ocorre de pleno direito, independentemente de interpelação, notificação ou protesto, salvo apenas a exigência da citação na ação judicial de reintegração na posse do imóvel.

(C) É indispensável, nos contratos com cláusula resolutiva expressa e não registrados, a interpelação prévia do promissário comprador, para fins de constituição em mora.

(D) No caso de compromisso não registrado, mesmo com cláusula resolutória expressa, a constituição em mora do promissário comprador somente se configura validamente, com a sua citação regular para a ação de rescisão do contrato.

4. (Defensoria Pública/RS – 2011) Assinale a alternativa que contém a afirmação correta em relação ao assunto indicado. Direitos Reais.

(A) O possuidor com justo título tem por si a presunção absoluta de boa-fé.

(B) O possuidor de má-fé detém o direito de ressarcimento pelas benfeitorias necessárias e de levantamento das benfeitorias voluptuárias.

(C) Não é cabível a constituição de usufruto que recaia em bens móveis e em um patrimônio inteiro.

(D) O contrato de promessa de compra e venda, desde que escrito, confere ao seu titular direito real à aquisição do imóvel.

(E) Resolvida a propriedade pelo implemento da condição ou pelo advento do termo, entendem-se também resolvidos os direitos reais concedidos na sua pendência.

5. (AGU – 2005) Acerca dos direitos reais e dos registros públicos, julgue o item que se segue:

O promissário comprador, titular de direito real de aquisição, por dispor de inscrição no registro imobiliário, terá como opor seu direito real ao credor hipotecário, mesmo que sua inscrição no registro seja posterior à hipoteca. ERRADA

6. (VUNESP/2010 – Analista de Promotoria – 2.ª fase) João, pretendendo alienar seu imóvel rural a seu vizinho José, firma contrato de compromisso de compra e venda com este. Por ocasião da transmissão da posse, José exige de João, além da entrega relacionada ao imóvel, um trator e equipamentos de utilização na lavoura, que João mantinha no local. Diante dos fatos, assinale a alternativa correta.

(A) José tem direito a exigir a entrega dos outros bens, além da posse do imóvel, uma vez que o acessório segue o principal.

(B) José não tem direito a fazer a exigência descrita, mesmo que o contrato previsse tal situação, ainda que o trator e os equipamentos de utilização na lavoura se constituam em bens acessórios.

(C) José não tem direito a fazer a exigência descrita, com fundamento no princípio da gravitação jurídica.

(D) Não assiste razão a José, pois a pertença nem sempre segue o principal, já que o princípio da gravitação jurídica não é regra geral das pertenças.

(E) José tem razão em fazer a exigência, pois o trator e os equipamentos, por serem utilizados no local, são bens imóveis por acessão física artificial.

7. (Procurador do Estado/SP – FCC/2012) Em matéria de compromisso de compra e venda,

(A) é inadmissível o compromisso de compra e venda como justo título para efeito de usucapião ordinária, por não corresponder a negócio jurídico capaz de, em tese, transferir propriedade imóvel.

(B) não tendo por objeto imóvel inserido em loteamento ou incorporação imobiliária, permite-se o exercício, pelo compromitente vendedor, do direito ao arrependimento, desde que pactuadas arras confirmatórias e não iniciada a execução do contrato.

(C) hipoteca constituída em favor de instituição financeira por financiamento concedido à incorporadora produz efeitos sobre unidades habitacionais objeto de compromissos de compra e venda celebrados após o registro da garantia.

(D) admite-se o uso da ação reivindicatória por iniciativa de adquirente titular de compromisso de compra e venda quitado e registrado.

(E) segundo orientação jurisprudencial dominante, o direito à adjudicação compulsória é exclusivo do compromissário comprador titular de direito real.

8. (Juiz de Direito/TJ-MA– CESPE – 2013) No que se refere ao direito das coisas, assinale a opção correta.

(A) Conforme disposição expressa no Código Civil, o direito do promitente comprador à adjudicação compulsória não está condicionado ao registro do compromisso de compra e venda no cartório de imóveis.

(B) Segundo a jurisprudência do STJ, o genitor que, após a separação do casal, resida sozinho em imóvel transferido aos filhos deve pagamento de alugueres, equivalente a 50% do valor da locação do imóvel, em razão do usufruto isolado do patrimônio pertencente à prole.

(C) De acordo com o que estabelece o Código Civil, o registro da sentença de usucapião e do formal de partilha são fatos aquisitivos do domínio.

(D) São três os sistemas referentes ao sistema registral estabelecidos pelo direito comparado: o romano, o francês e o alemão, tendo o ordenamento jurídico brasileiro adotado o sistema francês de aquisição da propriedade imobiliária.

GABARITO

1 – D	2 – A

3 – C	4 – E
5 – Errada	6 – D
7 – D	8 – B

DOS DIREITOS REAIS DE GARANTIA SOBRE COISA ALHEIA

Do penhor, da hipoteca e da anticrese

Sumário: 8.1 Teoria geral dos direitos reais de garantia sobre coisa alheia: 8.1.1 Regras gerais e características dos direitos reais de garantia sobre coisa alheia; 8.1.2 Dos requisitos subjetivos, objetivos e formais dos direitos reais de garantia; 8.1.3 A vedação do pacto comissório real; 8.1.4 Direitos reais de garantia e vencimento antecipado da dívida – 8.2 Do penhor: 8.2.1 Conceito, partes e Constituição; 8.2.2 Dos direitos e deveres do credor pignoratício; 8.2.3 Das modalidades de penhor; 8.2.4 Da extinção do penhor – 8.3 Da hipoteca: 8.3.1 Conceito, partes e Constituição; 8.3.2 Bens que podem ser hipotecados; 8.3.3 Das modalidades de hipoteca; 8.3.4 Da possibilidade de alienação do bem hipotecado e suas consequências. Da sub-hipoteca; 8.3.5 Da remição da hipoteca; 8.3.6 Da perempção da hipoteca convencional; 8.3.7 Da possibilidade de hipoteca sobre dívida futura ou condicional; 8.3.8 Da divisão ou fracionamento da hipoteca; 8.3.9 Da extinção da hipoteca – 8.4 Da anticrese: 8.4.1 Conceito, partes e estrutura; 8.4.2 Regras fundamentais da anticrese – Resumo esquemático – Questões correlatas – Gabarito.

8.1 TEORIA GERAL DOS DIREITOS REAIS DE GARANTIA SOBRE COISA ALHEIA

8.1.1 Regras gerais e características dos direitos reais de garantia sobre coisa alheia

Encerrando o livro do Direito das Coisas, o Código Civil de 2002 trata dos direitos reais de garantia. Os institutos em questão constituem direitos reais sobre coisa alheia, hipóteses de propriedade restrita ou limitada, diferenciando-se dos direitos reais de gozo ou fruição pelo conteúdo e pela sua função. Nas categorias abrangidas por este capítulo, alguém detém uma garantia sobre bem de propriedade alheia ou, como bem define Orlando Gomes, “direito real de garantia é o que confere a pretensão de obter o pagamento da dívida com o valor de bem aplicado exclusivamente à sua satisfação. Sua função é garantir ao credor o recebimento da dívida, por estar vinculado determinado bem ao seu pagamento” (GOMES, Orlando. *Direitos*..., 2004, p. 378).

Não se pode esquecer que os direitos reais de garantia não se confundem com as garantias pessoais ou fidejussórias, eis que no primeiro caso um bem garante a dívida por vínculo real e efeitos *erga omnes* (art. 1.419 do CC/2002); enquanto que no último a dívida é garantida por uma pessoa, presentes efeitos *inter partes* (exemplo: fiança).

Como garantias que são, anote-se que, em comum, todos os institutos têm nítida natureza acessória, aplicando-se o *princípio da gravitação jurídica*, segundo o qual o acessório segue o principal. Essa natureza acessória igualmente serve para diferenciar os direitos reais de garantia dos direitos reais de gozo ou fruição, eis que os últimos não têm tal feição, gozando de autonomia. Todas as garantias, sejam reais ou pessoais, também têm a característica da *unilateralidade*, como bem destaca, entre os

contemporâneos, Gladston Mamede. Segundo o doutrinador, "as garantias – sejam elas reais, como aquelas aqui examinadas, sejam outras, como a fidejussória – são relações jurídicas acessórias, bem como unilaterais. Em fato, garantir não é um negócio (um ato *bi* ou *plurilateral*); trata-se, em oposição, de um vínculo unilateral, uma obrigação sem *sinalagma*, isto é, sem que seja estabelecida uma obrigação recíproca que, com aquela, equilibre a relação entre as partes" (MAMEDE, Gladston. *Código*..., 2003, v. XIV, p. 33). O jurista entende, assim, que os direitos reais de garantia são atos unilaterais, e não negócios jurídicos bilaterais, como pretende a grande maioria dos civilistas. A tese é interessante, como se verá a seguir.

São *direitos reais de garantia sobre coisa alheia* o penhor, a hipoteca e a anticrese, que têm regras gerais entre os arts. 1.419 e 1.430 do CC/2002. Seguem, após essa *teoria geral dos direitos reais de garanti*a, as suas normas específicas e detalhadas. Como outra forma de garantia real, há, ainda, a alienação fiduciária em garantia, que constitui um *direito real de garantia sobre coisa própria*, com tratamento em leis esparsas (Decreto-lei 911/1969 e Lei 9.514/1997) e estudo no próximo e último capítulo deste livro.

Pois bem, os direitos reais de garantia sobre coisa alheia apresentam quatro características fundamentais: *preferência, indivisibilidade, sequela* e *excussão*, formadoras de mais um acróstico didático: PISE. Cumpre destacar que alguns juristas reconhecem em tais características a existência de princípios relacionados às garantias reais (por todos: BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito*..., v. II, p. 9-42; GOMES, Orlando. *Direitos*..., 2004, p. 384-385).

Iniciando-se pela *preferência*, conforme o art. 1.422 do CC/2002, o credor hipotecário e o pignoratício têm preferência no pagamento a outros credores, observada, quanto à hipoteca, a prioridade no registro. Assim, os créditos garantidos têm prioridade de satisfação em relação aos créditos comuns, chamados de *quirografários*.

Nos termos do seu parágrafo único, excetuam-se dessa regra as dívidas que, em virtude de outras leis, devam ser pagas precipuamente a quaisquer outros créditos. Para ilustrar, nos termos do art. 83 da Lei de Falências (Lei 11.101/2005), a classificação dos créditos na falência obedece à seguinte ordem: *1.º)* os créditos derivados da legislação do trabalho, limitados a 150 salários mínimos por credor, e os decorrentes de acidentes de trabalho; *2.º)* créditos com garantia real até o limite do valor do bem gravado.

Além disso, editou o Superior Tribunal de Justiça recente súmula, prescrevendo que "Na execução de crédito relativo a cotas condominiais, este tem preferência sobre o hipotecário" (Súmula 478 do STJ, de junho de 2012). Anote-se que tal pensamento já era adotado pela própria Corte Superior e por Tribunais Estaduais, estando amparado na ideia de função social da propriedade inerente à vida comunitária existente no condomínio edilício, prevalecendo o crédito nascido deste em relação ao crédito garantido por hipoteca. O presente autor filia-se ao conteúdo da ementa, de indiscutível abrangência social.

Em reforço de ilustração da preferência de outros créditos, conforme se extrai de ementa do mesmo STJ, "A exegese do artigo 186 do Código Tributário Nacional preconiza a supremacia do crédito trabalhista (*necessarium vitae*) em relação ao tributário e a deste em relação aos demais. A natureza privilegiada do crédito trabalhista tem fundamento nos arts. 449, § 1.º, da CLT, 186 do CTN, 30 da Lei n.º 6.830/80 e 759, parágrafo único, do Código Civil de 1916, agora com a redação mais abrangente e precisa do art. 1.422, parágrafo único, do Novo Código Civil, instituído pela Lei n.º

10.406, de 10/01/2002" (REsp 687.686/SC, 1.ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, j. 01.09.2005, *DJU* 26.09.2005, p. 226). Assim, nota-se a regra geral de prevalência dos créditos trabalhistas e tributários, pela ordem, sobre aqueles garantidos por direito real.

A *indivisibilidade* é a segunda característica a ser apontada, uma vez que o pagamento de uma ou mais prestações da dívida não importa exoneração correspondente da garantia, ainda que esta compreenda vários bens, salvo disposição expressa no título ou na quitação (art. 1.421 do CC/2002). Nesse contexto, mesmo sendo paga parcialmente a dívida, o direito real permanece incólume, em regra, salvo previsão em contrário na sua instituição ou quando do pagamento. Além disso, conforme decisão do Superior Tribunal de Justiça, "não pode a penhora, em execução movida a um dos coproprietários, recair sobre parte dele. Sendo indivisível o bem, importa indivisibilidade da garantia real" (STJ, REsp 282.478/SP, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, 3.ª Turma, j. 18.04.2002, *DJ* 28.10.2002, p. 309). Em suma, a indivisibilidade engloba a penhora.

Como se extrai da clássica doutrina de Clóvis Beviláqua, diante da indivisibilidade da garantia real, essa adere por inteiro ao bem dado em garantia e a cada uma das suas partes; não se fracionando, pois não se adquire nem se perde a garantia por partes (BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito*..., v. II, p. 23-24). Como decorrências de tais conclusões, aponta o jurista que: *a)* se o credor morre e o crédito é atribuído na partilha a mais de um herdeiro, a garantia não será dividida; e *b)* a alienação parcial do bem principal em nada modifica a garantia, que recai sobre a parte alienada integralmente (BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito*..., v. II, p. 26).

Como outro efeito que decorre da indivisibilidade do direito real de garantia, não podem os sucessores do devedor remir (resgatar pelo pagamento) parcialmente o penhor ou a hipoteca na proporção dos seus quinhões. Todavia, é possível que os herdeiros remitam a dívida no todo (art. 1.429 do CC/2002). Em casos dessa remição total, o herdeiro que pagou fica sub-rogado nos direitos do credor pelas quotas que houver satisfeito (art. 1.429, parágrafo único, do CC). Lembre-se que, para o Direito Civil, a *remição* (resgate pelo pagamento) não se confunde com a *remissão* (perdão). O alerta faz-se necessário, pois mais à frente se verá que o equívoco categórico é cometido pelo próprio legislador do Código Civil.

A *sequela*, terceira característica, é representada pela seguinte máxima: *para onde o bem vai, o direito real de garantia o acompanha*. Desse modo, se um bem garantido é vendido, o direito real de garantia permanece, servindo para exemplificar: "Compra de salas comerciais. Hipoteca. Direito à sequela. 1. Não se tratando de aquisição de casa própria pelo Sistema Financeiro da Habitação, que dispõe de legislação protetiva especial, não há como dispensar o direito do credor hipotecário à sequela, tal e qual estampado na legislação civil. 2. Recurso especial conhecido e provido" (STJ, REsp 651.323/GO, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, 3.ª Turma, j. 07.06.2005, *DJ* 29.08.2005, p. 335).

Ato contínuo, pela *excussão*, o credor hipotecário e o credor pignoratício têm o direito de executar a coisa hipotecada ou empenhada, nos termos do antes citado art. 1.422 do CC/2002. Desse modo, pode o referido credor ingressar com a ação de execução pignoratícia ou hipotecária para promover a alienação judicial da coisa garantida, visando a receber o seu crédito que tem garantia.

Consigne-se que o credor anticrético não tem tal direito, podendo apenas reter em seu poder o bem, enquanto a dívida não for paga (art. 1.423 do CC/2002). Esse direito do credor anticrético é extinto decorridos 15 anos da data de sua constituição (*perempção da anticrese*), tema que ainda

será aprofundado.

Ainda no que concerne à sequela e à excussão, é preciso retomar a exposição a respeito da importante Súmula 308 do Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual: “A hipoteca firmada entre a construtora e o agente financeiro, anterior ou posterior à celebração da promessa de compra e venda, não tem eficácia perante os adquirentes do imóvel”.

Pois bem, explicando o entendimento sumular, a constituição da hipoteca sempre foi comum em contratos de construção e incorporação imobiliária, visando a um futuro condomínio edilício. Como muitas vezes o construtor não tem condições econômicas para levar adiante a obra, celebra um contrato de empréstimo de dinheiro com um terceiro (agente financeiro ou agente financiador), oferecendo o próprio imóvel como garantia, o que inclui todas as suas unidades do futuro condomínio. Iniciada a obra, o incorporador começa a vender as unidades a terceiros, que, no caso, são consumidores, pois é evidente a caracterização da relação de consumo, nos moldes dos arts. 2.º e 3.º da Lei 8.078/1990.

Diante da boa-fé objetiva e da força obrigatória que ainda rege os contratos, espera-se que o incorporador cumpra com todas as suas obrigações perante o agente financiador, pagando pontualmente as parcelas do financiamento. Assim sendo, não há maiores problemas. Mas, infelizmente, como *nem tudo são flores*, nem sempre isso ocorre. Em casos tais, quem acabaria perdendo o imóvel adquirido a tão duras penas? O consumidor, diante do direito de sequela advindo da hipoteca. A referida súmula tende justamente a proteger o último, restringindo os efeitos da hipoteca às partes contratantes. Isso diante da boa-fé objetiva, uma vez que aquele que adquiriu o bem pagou pontualmente as suas parcelas à incorporadora, ignorando toda a sistemática jurídica que rege a incorporação imobiliária.

Presente a boa-fé do adquirente, não poderá ser responsabilizado o consumidor pela conduta da incorporadora, que acaba não repassando o dinheiro ao agente financiador. Fica claro, pelo teor da Súmula 308 do STJ, que a boa-fé objetiva envolve a ordem pública, caso contrário não seria possível a restrição do direito real. Em reforço, é interessante perceber que a referida ementa traz, ainda, como conteúdo a eficácia interna da função social dos contratos, pois entre proteger o agente financeiro e o consumidor, *prefere* o último, parte vulnerável da relação contratual. Trata-se de uma importante interação entre os princípios, em uma relação de *simbiose*, o que se tem tornado comum na jurisprudência nacional.

Anote-se, mais uma vez, que, historicamente, a súmula surgiu dos casos da construtora Encol, que teve sua falência decretada, prejudicando muitos consumidores. No mercado imobiliário, mais recentemente, as construtoras buscam a celebração de outras categorias de negócios para fugir da incidência da súmula, caso da alienação fiduciária em garantia.

Na opinião deste autor, as premissas desenvolvidas para a geração da Súmula 308 do STJ podem ser aplicadas a qualquer negócio jurídico, em prol da eticidade e da socialidade, baluartes principiológicos da atual codificação privada. A ementa merece aplausos, diante de uma notável preocupação social, sendo uma das melhores conclusões, entre os mais recentes julgamentos daquela Corte Superior.

Exposta essa intrincada questão, a encerrar este primeiro tópico do capítulo, confirmando as quatro características apontadas, enuncia o art. 1.430 da codificação civil que, quando excutido o

penhor ou executada a hipoteca e o produto da venda não bastar para o pagamento da dívida e das despesas judiciais, continuará o devedor obrigado pessoalmente pelo restante. Aplicando muito bem o preceito, vejamos decisão do Superior Tribunal de Justiça:

> "Recurso especial. Ação de cobrança de cotas condominiais. Fase de execução. Negativa de prestação jurisdicional. Art. 535 do CPC. Não ocorrência. Deficiência na fundamentação do recurso. Súmula n.º 284/STF. Imóvel hipotecado. Arrematação. Intimação do credor hipotecário. Art. 1.501 do Código Civil. Sub-rogação do direito real no preço. Extinção da hipoteca. Responsabilidade por eventual saldo remanescente em favor do credor hipotecário imputada ao devedor originário, e não ao arrematante. (...) O objetivo da notificação, de que trata o art. 1.501 do Código Civil, é levar ao conhecimento do credor hipotecário o fato de que o bem gravado foi penhorado e será levado à praça de modo que este possa vir a juízo em defesa de seus direitos, adotando as providências que entender mais convenientes, dependendo do caso concreto. Realizada a intimação do credor hipotecário, nos moldes da legislação de regência (artigos 619 e 698 do Código de Processo Civil), a arrematação extingue a hipoteca, operando-se a sub-rogação do direito real no preço e transferindo-se o bem ao adquirente livre e desembaraçado de tais ônus por força do efeito purgativo do gravame. Extinta a hipoteca pela arrematação, eventual saldo remanescente em favor do credor hipotecário poderá ser buscado contra o devedor originário, que responderá pessoalmente pelo restante do débito (art. 1.430 do Código Civil). Sem notícia nos autos de efetiva impugnação da avaliação do bem ou da arrematação em virtude de preço vil, não é possível concluir pela manutenção do gravame simplesmente porque o valor foi insuficiente para quitar a integralidade do crédito hipotecário. Recurso Especial conhecido em parte e, nessa parte, provido" (STJ, REsp 1.201.108/DF, 3.ª Turma, Rel. Min. Ricardo Villas Boas Cueva, j. 17.05.2012, *DJE* 23.05.2012).

Em suma, pelo dispositivo citado e pelo julgado transcrito, desaparecendo o direito real de garantia, o credor hipotecário ou pignoratício (credor especial, detentor de preferência) passa a ser um mero credor quirografário ou comum, respondendo pessoalmente o devedor pelo restante da dívida não paga. Como bem explica Gladston Mamede, "o débito restante (*reliquium*) mantém-se como obrigação a ser satisfeita, porém, sem que esteja garantido por vínculo real, assumindo o contorno dos créditos quirografários. O credor, destarte, poderá, como já visto, pretender sua execução do *reliquium*" (MAMEDE, Gladston. *Código*..., 2003, v. XIV, p. 125).

8.1.2 Dos requisitos subjetivos, objetivos e formais dos direitos reais de garantia

Os direitos reais de garantia, como institutos peculiares, apresentam requisitos próprios – *subjetivos, objetivos* e *formais* –, a seguir estudados pontualmente.

a) Requisitos subjetivos

Os requisitos subjetivos ou pessoais, como o próprio nome indica, dizem respeito à pessoa daquele que pretende instituir a garantia real. Os requisitos envolvem a *legitimação*, que vem a ser uma capacidade especial exigida por lei para determinado ato ou negócio jurídico.

Nesse contexto, estabelece a norma jurídica privada que somente aquele que pode alienar poderá empenhar, hipotecar ou dar em anticrese (art. 1.420, *caput*, do CC). O termo *alienar* significa transmitir o domínio, seja ele pleno ou não, por meio de compra e venda ou por doação, por exemplo. Vale lembrar que, nos termos do art. 1.473 da codificação, podem ser objeto de hipoteca o domínio direto, o domínio útil, a propriedade superficiária, entre outros.

Se houver a constituição do direito real por aquele que não pode alienar, deve-se analisar casuisticamente, de acordo com as situações fáticas que estão em jogo. De toda sorte, a regra geral a ser considerada, não havendo o preenchimento das peculiaridades a seguir, é de ineficácia da alienação *a non domino*, por aquele que não é o dono da coisa, conforme bem apontado por Sílvio de Salvo Venosa (*Código*..., 2010, p. 1281). Não discrepa o posicionamento da jurisprudência do

Superior Tribunal de Justiça, que igualmente posiciona-se pela falta de eficácia do ato correspondente (STJ, REsp 94.270/SC, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, Rel. p/ Acórdão Min. Ruy Rosado de Aguiar, 4.ª Turma, j. 21.03.2000, *DJ* 25.09.2000, p. 101 e REsp 39.110/MG, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, 4.ª Turma, j. 28.03.1994, *DJ* 25.04.1994, p. 9.260).

Partindo para os casos específicos, quanto aos incapazes, de início, devem ser observadas as regras relativas à teoria geral das nulidades, tratadas na Parte Geral da codificação. Assim, os absolutamente incapazes somente podem constituir direito real de garantia se representados, sob pena de nulidade absoluta do ato (art. 166, inc. I, do CC). Os relativamente incapazes devem estar assistidos, sob pena de anulabilidade (art. 171, inc. I, do CC). Porém, existem outros requisitos, mais específicos.

Quanto aos menores, preceitua o art. 1.691 do Código Civil que não podem os pais alienar, ou gravar de ônus real os imóveis dos filhos, nem contrair, em nome deles, obrigações que ultrapassem os limites da simples administração, salvo por necessidade ou evidente interesse da prole, mediante prévia autorização do juiz. Podem pleitear a declaração de nulidade dos atos em casos de desrespeito ao comando os próprios filhos, os seus herdeiros, ou o representante legal do incapaz. Os requisitos da necessidade e interesse somados à autorização judicial para o ato igualmente estão presentes nos casos de menores sob tutela, por dicção do art. 1.750 do CC/2002, que trata da venda de bens e que deve abranger a constituição do direito real (MELO, Marco Aurélio Bezerra. *Direito*..., 2007, p. 386).

Em relação aos pródigos – pessoas que gastam de maneira destemperada o seu patrimônio, o que pode levá-los à penúria –, rege especificamente o art. 1.782 do CC/2002 que, no caso de sua interdição, haverá privação para emprestar, transigir, dar quitação, alienar, hipotecar, demandar ou ser demandado, e praticar, em geral, os atos que não sejam de mera administração. Tais atos somente podem ser praticados com a assistência do curador, sob pena de sua anulabilidade, nos termos do art. 171, inc. I, do CC/2002.

Seguindo no estudo dos requisitos subjetivos, se o proprietário for casado, haverá necessidade de outorga conjugal (*uxória* ou *marital*) – em regra e salvo no regime da separação absoluta de bens – para que o seu imóvel seja hipotecado ou oferecido em anticrese (art. 1.647, inc. I, do CC/2002). Isso, sob pena de anulabilidade do ato de constrição, se não houver o suprimento judicial (art. 1.649).

Cumpre anotar que, como regime da separação obrigatória, deve-se entender o regime da separação convencional de bens, fixado por pacto antenupcial (art. 1.687 do CC). Isso porque, no regime da separação obrigatória, há comunicação dos bens havidos durante o casamento, por força da remota Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal. Tal entendimento é majoritário na doutrina e na jurisprudência recente do Superior Tribunal de Justiça (STJ, REsp 1.199.790/MG, Rel. Min. Vasco Della Giustina (Desembargador Convocado do TJ/RS), 3.ª Turma, j. 14.12.2010, *DJe* 02.02.2011 e REsp 1.163.074/PB, Rel. Min. Massami Uyeda, 3.ª Turma, j. 15.12.2009, *DJe* 04.02.2010). Para aprofundamentos do tema, sugere-se a leitura do Volume 5 da presente coleção.

Dúvida que existe na doutrina diz respeito à possibilidade plena ou não de um ascendente dar em garantia real um bem seu em benefício de um descendente. Em outras palavras, haveria a necessidade de autorização dos demais descendentes e do cônjuge do alienante em casos tais? A dúvida diz respeito à aplicação ou não, por analogia, do art. 496 do CC/2002, que exige a autorização dos

demais descendentes e do cônjuge, na venda de ascendente para descendente. Há quem entenda pela aplicação por analogia do último comando, havendo tais exigências no caso de garantia real de pai para filho, opinião de Maria Helena Diniz (*Código*..., 2010, p. 987) e Marco Aurélio Bezerra de Melo (*Direito*..., 2007, p. 387). Por outra via, há quem se posicione de forma contrária, caso de Carlos Roberto Gonçalves (*Direito*..., 2010, v. 5, p. 528) e Sílvio de Salvo Venosa (*Direito civil*..., 2012, v. 5, p. 536).

O presente autor filia-se à segunda corrente, eis que o art. 496 do Código Civil é norma restritiva da autonomia privada que, como tal, não admite analogia ou interpretação extensiva. Adotando esse último caminho, da jurisprudência paulista:

"Embargos de terceiro. Penhora. Incidência sobre bem do finado genitor oferecido por ele à hipoteca para garantir dívida contraída pelo filho. Situação legal que destoa da venda por ascendente a descendente, defesa na Lei Civil. Embargos rejeitados. Recurso desprovido" (TJSP, Apelação Cível 1208790-6, São Joaquim da Barra, 22.ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Maia da Rocha, j. 17.01.2006).

Seguindo na abordagem de casos específicos a respeito dos requisitos subjetivos, estabelece o art. 103 da Lei 11.105/2005 que, desde a decretação da falência ou do sequestro, o devedor perde o direito de administrar os seus bens ou deles dispor. Nesse contexto, o falido deixa de ter a possibilidade jurídica de constituir direito real sobre seus bens. Existe regra semelhante a respeito da empresa sob recuperação judicial, nos termos do art. 66 da norma citada, comando que traz exceções: "Após a distribuição do pedido de recuperação judicial, o devedor não poderá alienar ou onerar bens ou direitos de seu ativo permanente, salvo evidente utilidade reconhecida pelo juiz, depois de ouvido o Comitê, com exceção daqueles previamente relacionados no plano de recuperação judicial".

Por fim, no tocante ao mandatário, por razões óbvias de proteção, para que seja possível a constituição de direito real sobre bem do mandante, exige-se a presença de poderes especiais para tanto. Conforme o *caput* do art. 661 do atual Código Civil, o mandato em termos gerais só confere poderes de administração. E arremata o seu § 1º ao prever que para alienar, hipotecar, transigir ou praticar outros quaisquer atos que exorbitem da administração ordinária, depende a procuração de poderes especiais e expressos.

Determina o § 1.º do art. 1.420 da codificação civil que a propriedade superveniente torna eficaz, desde o registro, as garantias reais estabelecidas por quem não era dono. Nota-se que, implicitamente, a norma estabelece que a constituição de direito real *a non domino*, por aquele que não é dono, é ineficaz, pois a propriedade posterior sana o vício, tornado o ato perfeito quanto às suas consequências. Ilustrando, se alguém que não era proprietário de um imóvel ofereceu-o em hipoteca, sendo consolidada posteriormente a propriedade em seu nome por direito de herança, torna-se plenamente eficaz a garantia anterior. A norma tem relação direta com a conservação do negócio jurídico, pela tentativa de permanência da autonomia privada.

Também com *pertinência subjetiva*, dispõe o § 2.º do art. 1.420 da mesma norma geral privada que a coisa comum a dois ou mais proprietários – em condomínio –, não pode ser dada em garantia real, na sua totalidade, sem o consentimento de todos. Todavia, cada um dos proprietários pode, individualmente, dar em garantia real a parte que tiver em bem divisível, o que igualmente pode ser retirado da parte final do art. 1.314, *caput*, do CC/2002. Sendo desrespeitada a primeira parte da

norma, a constituição da hipoteca é nula, por nulidade virtual, pois a lei proíbe a prática do ato sem cominar sanção (art. 166, VII, segunda parte, do CC).

Conforme salientado nas edições anteriores desta obra por José Fernando Simão, curiosamente, o Código Civil de 2002 não exige a anuência do condômino em caso de alienação de bem comum, ainda que o bem seja indivisível. Sendo assim, enquanto para a venda de bem comum indivisível o Código Civil exige que se observe a preferência do condômino (art. 504), para que o bem seja dado em garantia não há tal exigência (TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito civil*..., 2013, v. 4, p. 419).

Ingressando nos limites práticos de subsunção da última norma, entendeu o Superior Tribunal de Justiça que os titulares de conta poupança mantida em conjunto são credores solidários do banco, mas a recíproca não é verdadeira. Assim sendo, "o penhor constituído por um dos titulares com o banco não faz o outro devedor solidário. O saldo mantido na conta conjunta é propriedade condominial dos titulares. Por isso, a existência de condomínio sobre o saldo, que é bem divisível, impõe-se que cada titular só pode empenhar, licitamente, sua parte ideal em garantia de dívida (arts. 757 do Código Beviláqua e 1.420, § 2.º, do novo Código Civil). O Banco credor que, para se pagar por dívida contraída por um dos titulares da conta conjunta de poupança, levanta o saldo integral nela existente, tem o dever de restituir as partes ideais dos demais condôminos que não se obrigaram pelo débito" (STJ, REsp 819.327/SP, 3.ª Turma, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 14.03.2006, *DJU* 08.05.2006, p. 214).

Por fim, além do próprio dono da coisa, admite-se que terceiro preste garantia real por dívida alheia, como é o caso do pai que oferece um imóvel seu para garantir dívida de seu filho (art. 1.427 do CC). Conforme leciona Sílvio de Salvo Venosa, "Trata-se da figura do *interveniente hipotecante ou empenhante*, utilizado com certa frequência" (VENOSA, Sílvio de Salvo. *Código*..., 2010, p. 1.289). Em situações tais, salvo cláusula expressa, o terceiro interveniente não fica obrigado a substituí-la, ou reforçá-la, quando, sem culpa sua, se perca, deteriore ou desvalorize.

Na linha do que é defendido por Gladston Mamede, a possibilidade de um terceiro garantir a dívida reforça a tese de que as garantias reais constituem atos unilaterais: "a possibilidade de ser a garantia real oferecida por um terceiro que não o juridicamente obrigado à satisfação da dívida garantida pelo penhor, hipoteca ou anticrese, reforça minha teimosia em referir-se às garantias reais como atos jurídicos unilaterais, e não um contrato, como preferem compreendê-las, o legislador, doutrinadores e jurisprudência" (MAMEDE, Gladston. *Código*..., 2003, v. XIV, p. 44). De fato, a *teimosia* do mencionado jurista, no caso do comando citado, parecer ter razão de ser.

b) Requisito objetivo

Nos termos do mesmo art. 1.420 do Código Civil, somente os bens que se podem alienar poderão ser dados em penhor, anticrese ou hipoteca. Esse é o *requisito objetivo* substancial relativo aos direitos reais de garantia sobre coisa alheia, devendo o bem oferecido em penhor, hipoteca ou anticrese ser alienável. Em outras palavras, deve estar presente a *consuntibilidade jurídica*, nos termos da segunda parte do art. 86 do CC/2002. Por isso, se um bem inalienável é oferecido em garantia, haverá nulidade desta, por impossibilidade do objeto ou fraude à lei imperativa (art. 166, incs. II ou VI, do CC). Vale lembrar que a alienabilidade dos bens é regra; e a inalienabilidade é a exceção, devendo a última decorrer da lei ou da convenção da parte interessada.

A ilustrar, como exemplo de *inalienabilidade legal*, não pode ser objeto de hipoteca o *bem de família convencional*, previsto entre os arts. 1.711 e 1.722 do CC/2002, por ser inalienável, além de impenhorável. Por outra via, o bem de família legal (Lei 8.009/1990) pode ser hipotecado, por ser apenas impenhorável. Tanto isso é verdade que uma das exceções à impenhorabilidade do bem de família legal é justamente o caso de ter sido dado o imóvel como garantia real pelo casal ou pela entidade familiar (art. 3º, inc. V, da Lei 8.009/1990).

A respeito da última norma, realce-se que o Superior Tribunal de Justiça tem afastado a penhora do bem de família nos casos de hipoteca oferecida por membro da entidade familiar, visando garantir dívida de sua empresa individual (STJ, AgRg no Ag 597.243/GO, Rel. Min. Fernando Gonçalves, 4.ª Turma, j. 03.02.2005, *DJ* 07.03.2005, p. 265). A interpretação é que a exceção somente se aplica se a hipoteca for instituída no interesse de ambos os cônjuges ou de toda a entidade familiar.

Na mesma linha, a Corte Superior, dando interpretação restritiva à exceção, concluiu que a norma não alcança os casos em que a pequena propriedade rural é dada como garantia de dívida. Sustenta-se que tal propriedade encontra proteção contra a penhora no art. 5.º, XXVI, da CF/1988, dispositivo que deve prevalecer na espécie, não sendo o caso de incidir a norma excepcional ora em estudo (STJ, REsp 1.115.265/RS, Rel. Min. Sidnei Beneti, j. 24.04.2012, *Informativo* n. *496*). Ambos os julgamentos citados contam com o apoio deste autor, interpretando o sistema a favor da moradia, nos termos do art. 6.º da Constituição Federal.

Em relação à *inalienabilidade convencional*, cite-se aquela instituída por testamento. Conforme o art. 1.848 do CC/2002, pode o testador estabelecer cláusula de inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade sobre bens da legítima, desde que haja justa causa para tanto. Sendo estabelecida a primeira cláusula, as duas outras decorrem automaticamente, conforme a dicção do art. 1.911 do Código Civil, que confirma parcialmente a antiga Súmula 49 do Supremo Tribunal Federal. A recíproca não é verdadeira, ou seja, a cláusula de incomunicabilidade ou impenhorabilidade não gera a inalienabilidade. Os temas correlatos estão aprofundados no Volume 6 desta coleção, devendo ser frisado que a cláusula de inalienabilidade gera a impossibilidade de o bem ser objeto de direito real de garantia.

c) Requisitos formais

Partindo-se para os requisitos formais dos direitos reais de garantia, o art. 1.424 do CC/2002 elenca uma série de elementos que devem estar presentes no título constitutivo do penhor, da hipoteca ou da anticrese. Trata-se do que se denomina como *especialização*, "que vem a ser a pormenorizada enumeração dos elementos que caracterizam a obrigação e o bem dado em garantia" (DINIZ, Maria Helena. *Código*..., 2010, p. 990). O dispositivo utiliza o termo *contrato*, que tem o sentido de instrumento negocial, e não de categoria jurídica contratual. Como é notório, os direitos reais de garantia não são contratos em sua acepção técnica.

O comando destacado estabelece que a falta de tais elementos gera a ineficácia do direito real em relação a terceiros. Corrigiu-se, assim, um problema existente no art. 761 do Código Civil de 1916, segundo o qual a ausência dos requisitos formais geraria a *invalidade* do ato perante terceiros (ALVES, Jones Figueirêdo; DELGADO, Mário Luiz. *Código*..., 2005, p. 717).

A concretizar essa mudança, vejamos didática explicação constante de julgado do Tribunal de

Justiça de Minas Gerais: "O artigo 1.424 do Código Civil comina a penalidade de ineficácia aos contratos de penhor, anticrese e hipoteca, caso não observadas as prescrições nele contidas. Nada obstante, a omissão do contrato afeta apenas a eficácia da garantia real perante terceiros, não contaminando o negócio no seu plano da validade. É dizer, o negócio vale entre as partes, e apenas a garantia constituída se torna ineficaz e inoponível a terceiros, retirando na prática as consequências da sequela e da preferência. Especificamente quanto ao inciso III, que impõe a indicação da taxa de juros, se houver, tem por objetivo único permitir a terceiros o conhecimento da exata situação do devedor, abrangendo juros convencionais, tanto compensatórios quanto moratórios. Como fundamentado, a omissão não torna o negócio inteiro nulo ou ineficaz, sucedendo apenas que os juros omitidos não gozarão de eficácia ou oponibilidade perante eventuais terceiros" (TJMG, Apelação Cível 1.0024.09.450799-3/001, Rel. Des. Otávio Portes, j. 20.02.2013, *DJEMG* 01.03.2013).

Ou, ainda, tratando da ineficácia da garantia, do Superior Tribunal de Justiça: "Requisitos do art. 761 do CC/1916 (art. 1.424 do Código Civil de 2002). Condições de eficácia do negócio jurídico perante terceiros. Existência e validade da avença entre as partes contratantes. Tradição simbólica. Possibilidade. Precedentes desta corte superior. Recurso parcialmente conhecido e, no ponto, provido. (...). Os requisitos elencados no art. 761 do Código revogado (art. 1.424 do Código Civil de 2002) não constituem elementos nucleares do penhor, sem os quais inexistiria o próprio contrato; sequer se ligam à validade mesma do acordo, que está a depender da capacidade do agente, da licitude do objeto e de forma prevista ou não defesa em Lei. Constituem, ao revés, verdadeiras condições de sua plena eficácia no mundo jurídico, isto é, da validade de sua oponibilidade a terceiros. Assim, devem ser mantidas, porque válidas, as disposições firmadas entre as partes originárias. (...)" (STJ, REsp 226.041/MG, 4.ª Turma, Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, j. 12.06.2007, *DJU* 29.06.2007, p. 629).

Como *primeiro requisito formal*, o instrumento do direito real deve expressar o valor do crédito, sua estimação, ou seu valor máximo (art. 1.424, inc. I, do CC). A menção ao valor máximo não constava na codificação anterior. Presente uma relação de consumo, como nos créditos bancários, fica em xeque tal previsão do atual Código Civil, diante da necessidade de clareza do crédito concedido nos financiamentos, nos termos do art. 52 do CDC. Pontue-se que há regra semelhante relativa à hipoteca, constante do art. 1.487 da norma geral privada, segundo a qual a hipoteca pode ser constituída para garantia de dívida futura ou condicionada, desde que determinado o valor máximo do crédito a ser garantido. Esse último comando ainda será aprofundado neste capítulo.

O *segundo requisito formal* é a fixação de prazo convencional para o pagamento da dívida garantida (art. 1.424, inc. II, do CC). O pressuposto é fundamental para a determinação da presença ou não de inadimplemento por parte do devedor, o que gera a possibilidade de excussão da coisa que garante a dívida. Se não houver a menção do prazo para pagamento, deve-se considerar que a dívida é à vista, ou de execução imediata, conclusão retirada do art. 331 da codificação privada, como pontua a atenta doutrina (MAMEDE, Gladston. *Código*..., 2003, v. XIV, p. 83).

A taxa dos juros, se houver, é o *terceiro requisito*, nos termos do art. 1.424, inc. III, do CC. Existem alguns limites a respeito da fixação de juros convencionais no Brasil. Quanto ao mútuo oneroso (art. 591 do Código), o máximo a ser cobrado corresponde à taxa fixada no art. 406 da codificação, seguindo este autor o entendimento de que essa taxa seria de 1% ao mês ou 12% ao ano, conforme o Enunciado n. 20 da *I Jornada de Direito Civil*. Em relação aos demais contratos, enuncia

a Lei de Usura (Decreto-lei 22.626/1933) que é vedado estipular em quaisquer contratos taxas de juros superiores ao dobro da taxa legal. Assim, a máxima taxa de juros que poderia ser fixada em negócios garantidos por direito real seria de 2% ao mês ou 24% ao ano.

Ressalve-se que, infelizmente, a jurisprudência superior entende pela não aplicação de tais parâmetros aos contratos bancários e financeiros. Inicialmente, estabelece a Súmula 596 do Supremo Tribunal Federal que as disposições da Lei de Usura não se aplicam às taxas de juros e aos outros encargos cobrados nas operações realizadas por instituições públicas ou privadas, que integram o sistema financeiro nacional. Mais recentemente, o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula 382, segundo a qual a estipulação de juros remuneratórios superiores a 12% ao ano, por si só, não indica abusividade. A última Corte Superior tem se pronunciado no sentido de que as instituições bancárias e financeiras podem cobrar as famosas *taxas de mercado*, por elas mesmas fixadas (por todos: STJ, AgRg no AREsp 42.668/RS, Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, 4.ª Turma, j. 14.05.2013, *DJe* 22.05.2013; STJ, AgRg no REsp 1.027.526/MS, Rel. Min. Raul Araújo, 4.ª Turma, j. 02.08.2012, *DJe* 28.08.2012 e STJ, AgRg no REsp 1.003.911/RS, Rel. Min. João Otávio de Noronha, 4.ª Turma, j. 04.02.2010, *DJe* 11.02.2010).

Segundo a doutrina, não havendo estipulação de juros, incidem os juros legais, o que traz a constatação de que o elemento não é obrigatório para a eficácia do ato (TEPEDINO, Gustavo; MORAES, Maria Celina Bodin de; BARBOZA, Heloísa Helena. *Código*..., 2011, v. III, p. 861). Nesse contexto, incide a regra do art. 406 da norma privada, acima apontada e comentada.

O *quarto requisito formal* diz respeito à especialização do bem dado em garantia, móvel ou imóvel, com as suas especificações (art. 1.424, inc. IV, do CC). Quanto aos bens imóveis, as especificações constam da matrícula do imóvel no Cartório de Registro de Imóveis, não havendo maiores problemas. Anote-se que a jurisprudência superior entende que a descrição é essencial mesmo, no caso de coisa futura, caso de imóvel sob incorporação imobiliária: "Hipoteca. Especificação da coisa. Incorporação. Novas unidades. Instituída a hipoteca sobre certas unidades que seriam construídas, devidamente especificadas e numeradas no ato levado a registro, não pode a garantia ter eficácia frente a terceiros para estender-se sobre outras não indicadas no registro. Arts. 811 e 761 do CCivil. Recurso conhecido e provido" (STJ, REsp 239.231/RS, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, 4.ª Turma, j. 16.12.1999, *DJ* 03.04.2000, p. 157).

Quanto aos bens móveis, algumas questões devem ser analisadas a respeito da especialização, o que será abordado quando do estudo do penhor.

A encerrar o estudo dos requisitos formais, lembre-se que os direitos reais exigem ainda, para eficácia plena, o registro competente, o que igualmente merecerá estudo pontual. Nesse contexto, em se tratando de hipoteca ou anticrese relativa a imóvel, o instrumento deverá ser registrado no Cartório de Registro de Imóveis. O penhor de móveis deve ser registrado no Cartório de Títulos e Documentos e, no caso do penhor de veículos, exige-se a anotação junto ao seu certificado de propriedade (art. 1.462 do CC). Vale a frase de esclarecimento de Marco Aurélio Bezerra de Melo: "cada modalidade de garantia prevê o seu peculiar registro" (*Direito*..., 2007, p. 389).

8.1.3 A vedação do pacto comissório real

A vedação do pacto comissório é matéria estudada há tempos pelos civilistas. Segundo Clóvis

Beviláqua, "consiste a cláusula comissória na estipulação de que o credor ficará com a coisa dada em garantia real, se a dívida não fora paga no vencimento" (*Direito*..., v. II, p. 37). O jurista demonstrava, à época da codificação anterior, que a solução de proibir o ato era adotada por outros Países, caso da França, da Itália, da Suíça, da Alemanha e de Portugal. Como bem expõe Rubens Limongi França, *comisso* quer dizer *perda*, sendo o pacto comissório "o acordo de vontades por força do qual credor e devedor de obrigação com garantia real entabulam que, havendo inadimplemento, o credor assume o domínio da coisa vinculada" (*Instituições*..., 1999, p. 510).

O presente autor prefere utilizar a expressão *pacto comissório real*, a fim de diferenciar o instituto do *pacto comissório contratual*, estudado na teoria geral dos contratos.

O *pacto comissório contratual* constitui exemplo típico de cláusula resolutiva expressa, categoria que estava prevista pelo art. 1.163 do Código Civil de 1916 como cláusula especial ou pacto adjeto da compra e venda. De acordo com a legislação anterior, "Ajustado que se desfaça a venda, não se pagando o preço até certo dia, poderá o vendedor, não pago desfazer o contrato ou pedir o preço. Parágrafo único. Se, em dez dias de vencido o prazo, o vendedor, em tal caso, não reclamar o preço, ficará de pleno direito desfeita a venda".

Como o Código Civil de 2002 não repetiu a norma, fica em dúvida se estaria permitida a sua previsão no contrato, como cláusula resolutiva expressa ou haveria vedação, por suposta ilicitude do seu conteúdo. Na opinião deste autor, não há qualquer vedação para que seja estipulada a cláusula, principalmente porque os seus efeitos são próximos aos da exceção de contrato não cumprido, prevista para os contratos bilaterais (art. 476 do CC/2002).

Conclui-se, doutrinariamente, que o pacto comissório contratual enquadra-se no art. 474 do CC, como *cláusula resolutiva expressa* (VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*..., 2003, v. 3, p. 95 e AGUIAR JR., Ruy Rosado de. Extinção..., 2004, p. 58). A jurisprudência superior igualmente admite a figura, desde que não esteja evidenciada a má-fé das partes (STJ, REsp 664.523/CE, Rel. Min. Raul Araújo, 4.ª Turma, j. 21.06.2012, *DJe* 14.08.2012).

De qualquer forma, não se pode confundir essa figura negocial com o *pacto comissório real*, vedado no art. 1.428 do CC/2002, dispositivo que prevê ser nula a cláusula que autoriza o credor de um direito real de garantia (penhor, hipoteca ou anticrese) a ficar com o bem dado em garantia sem levá-lo à excussão (ou execução). Os institutos jurídicos em estudo são totalmente distintos, particularmente quanto à categorização jurídica.

Segundo a doutrina, de ontem e de hoje, várias são as justificativas para a proibição do *pacto comissório real*, como a presença de razões morais, a proteção da parte mais fraca, a vedação do enriquecimento sem causa e da usura e a exigência do devido processo legal (BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito*..., v. II, p. 38; MELO, Marco Aurélio Bezerra de. *Direito*..., 2007, p. 382; FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Curso*..., 2012, v. 5, p. 867; MAMEDE, Gladston. Código..., 2003, v. XIV, p. 112-113). Todos os argumentos contam com o apoio deste autor, sendo inafastáveis por estarem em sintonia com a principiologia do Direito Privado Contemporâneo.

De qualquer modo, cumpre anotar que existem algumas vozes, doutrinárias ou não, que propõem a revogação do art. 1.428 do Código Civil, para que o crédito seja supostamente facilitado no Brasil. A proposta segue a tendência de *desjudicialização das contendas*, de fuga do Poder Judiciário, uma das pautas da atualidade. Com o devido respeito a quem pense dessa forma, filia-se ao

posicionamento de manutenção da regra de vedação, pelas razões que foram expostas no parágrafo anterior. Ademais, a facilitação do crédito no Brasil tem gerado tristes situações de *superendividamento*, devendo o Direito preocupar-se com esse último fenômeno, afastando caminhos que possam agravar ainda mais o problema.

Atente-se que o caso de pacto comissório real é de nulidade absoluta, por *nulidade textual*, nos termos do art. 166, inc. VII, primeira parte, do CC/2002. Para a jurisprudência superior, a nulidade do pacto comissório real prevalece sobre a nulidade da simulação, pois envolve vício de maior gravidade. Por todos os arestos, transcreve-se o seguinte: "Escritura de compra e venda. Coação. Empréstimo em dinheiro garantido por imóveis. Pacto comissório. Precedentes da Corte. (...). Antigo precedente da Corte assentou que existente pacto comissório, 'disfarçado por simulação, não se pode deixar de proclamar a nulidade, não pelo vício da simulação, mas em virtude de aquela avença não ser tolerada pelo direito' (REsp n.º 21.681/SP, Terceira Turma, Relator o Ministro Eduardo Ribeiro, *DJ* de 03/08/1992). 3. Recurso especial não conhecido" (STJ, REsp 784.273/GO, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, 3.ª Turma, j. 12.12.2006, *DJ* 26.02.2007).

De toda sorte, a própria jurisprudência superior tem analisado com atenção hipóteses em que o pacto comissório encontra-se escondido sob o manto de outros negócios. A título de exemplo:

> "Recurso especial. Embargos à execução de obrigação de fazer consistente na outorga de escritura pública de transferência de propriedade de bens imóveis. Promessa de compra e venda firmada em garantia a contrato de *factoring* sob a égide do Código Civil de 1916. Caracterização de pacto comissório vedado pelo ordenamento jurídico. Insurgência dos exequentes/embargados. (...). No caso, resta perfeitamente configurada a figura do pacto comissório, pois, simulando a celebração de contratos de compromisso de compra e venda, foram instituídas verdadeiras garantias reais aos ajustes de *factoring*, permitindo que, em caso de inadimplência, fossem os bens transmitidos diretamente ao credor. Avença nula de pleno direito, consoante o disposto no art. 765 do CC/1916, atual art. 1.428 do CC/2002. Precedentes da Corte. Recurso especial desprovido" (STJ, REsp 954.903/RS, Rel. Min. Marco Buzzi, 4.ª Turma, j. 11.12.2012, *DJe* 01.02.2013).

Na mesma trilha, a ilustrar: "Não há razão para estabelecer a diferenciação realizada pela Corte local, no sentido de não haver cláusula contratual que autorizasse a credora a se apropriar da garantia. A aplicação dos valores caucionados para amortização da dívida é rigorosamente o mesmo que dela se apropriar, revelando a cláusula contratual em questão verdadeiro 'pacto comissório', vedado pelo ordenamento jurídico, nos termos do que consta dos arts. 759 e 765 do Código Civil de 1916. Recurso especial parcialmente conhecido e, na extensão, provido" (STJ, REsp 274.588/PR, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4.ª Turma, j. 19.03.2009, *DJe* 30.03.2009).

Conforme consta de outra ementa, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça consolidou-se no sentido de que o pacto comissório não se limita aos casos expressamente previstos na lei, cabendo a análise de outras hipóteses em que o espírito da lei esteja sendo aviltado (STJ, REsp 475.040/MG, Rel. Min. Ari Pargendler, 3.ª Turma, j. 24.06.2003, *DJ* 13.10.2003, p. 360). Em suma, tem-se interpretado extensivamente a proibição do atual art. 1.428 do Código Civil, abrangendo-se hipóteses além do que está escrito na norma.

Por todas as razões antes expostas, não resta a menor dúvida de que o dispositivo em estudo é norma cogente ou de ordem pública, não podendo ser contrariada entre as partes. Vejamos a correta conclusão do Tribunal Paulista a respeito de tal dedução: "Circunstância em que o artigo 1.428 do Código Civil, ao vedar a constituição de pacto comissório, o faz por meio da positivação de uma norma jurídica de ordem pública indicativa de nulidade absoluta, a qual não fica submetida a

decurso de prazo prescricional. Precedente do STJ. Embargos não acolhidos" (TJSP, Embargos de Declaração 7261726-2/01, Acórdão 3342290, Bauru, 17.ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Térsio José Negrato, j. 03.11.2008, *DJESP* 03.12.2008). Reforce-se que a proibição é norma de ordem pública pela relação direta com a função social da propriedade, invocando-se a regra do art. 2.035, parágrafo único, da atual codificação privada.

Finalmente, estatui o parágrafo único do art. 1.428 da codificação que, após o vencimento, poderá o devedor dar a coisa em pagamento da dívida, ou seja, é possível a dação em pagamento se presente uma das hipóteses do art. 1.425 da lei civil privada. Nos termos do art. 356 do CC/2002, por meio da dação em pagamento o credor pode consentir em receber prestação diversa da que lhe é devida.

Como anota Marco Aurélio S. Viana, "Essa solução, que era preconizada pela doutrina anterior, justifica-se porque não se trata de pacto inserido no contrato real com o fim de fraudar. A dação em pagamento decorre da vontade do devedor, que a isso não está obrigado, mas que pode fazer a opção, se lhe convier. Não se cuida de direito assegurado ao credor, mas de faculdade reconhecida ao devedor, que resulta da vontade livre daquele que deve" (*Comentários*..., 2003, v. XVI, p. 718). De qualquer modo, obviamente, se houve cláusula contratual estabelecendo a dação em pagamento antes do vencimento da dívida, o pacto comissório estará presente, sendo nula a estipulação correspondente. Vale, ainda, a pontuação do sempre citado Gladston Mamede: "devem ser considerados nulos todos os documentos que façam parecer dação em pagamento, o que, na verdade, foi um pacto comissório; anula-se a antedatação e, chegando-se à previsão da entrega do bem como pagamento, efetuada sob a forma que caracteriza pacto comissório, declara-se nulo esse ajuste" (MAMEDE, Gladston. *Código*..., 2003, v. XIV, p. 116).

8.1.4 Direitos reais de garantia e vencimento antecipado da dívida

Dispositivo dos mais importantes para o penhor, a hipoteca e a anticrese é o que consagra as hipóteses em que a dívida garantida torna-se vencida, uma das principais peculiaridades dos direitos reais de garantia.

Conforme a teoria geral das obrigações, pelo vencimento antecipado, uma obrigação de execução diferida – aquela em que o cumprimento ocorre de uma vez só no futuro – ou de *execução continuada ou trato sucessivo* – em que o cumprimento com forma periódica no tempo – converte-se em uma obrigação de *execução imediata* ou *instantânea*. Em termos gerais, o art. 333 do Código Civil prescreve uma série de situações em que se dá o vencimento antecipado.

De acordo com o citado comando, ao credor assistirá o direito de cobrar a dívida antes de vencido o prazo estipulado no contrato ou marcado na legislação em três hipóteses. A primeira delas diz respeito à falência do devedor ou à abertura de concurso de credores, caso da instauração de um processo de inventário. A segunda situação é relativa a direitos reais de garantia, estabelecendo a lei o vencimento antecipado da obrigação se os bens hipotecados ou empenhados (oferecidos em penhor) forem penhorados (constritos judicialmente) em ação de execução proposta por outro credor. Por fim, há o vencimento antecipado da dívida no caso de cessação ou insuficiência de garantias, pessoais ou reais, não havendo reforço por parte do devedor. Como exemplo, imagine-se o caso de uma dívida garantida por fiança, em que o fiador faleceu, não obtendo o credor a substituição da garantia.

A demonstrar que o rol do art. 333 do Código Civil não é taxativo (*numerus clausus*), mas exemplificativo (*numerus apertus*), o art. 1.425 da codificação elenca outras hipóteses de vencimento antecipado, tratando o último preceito de casos específicos relativos a obrigações garantidas por direitos reais de garantia.

De acordo com o inciso I do art. 1.425 do Código Civil, a dívida garantida será considerada vencida se, deteriorando-se ou depreciando-se o bem dado em segurança, desfalcar a garantia, e o devedor, intimado, não a reforçar ou substituir. Como se nota, a previsão é muito parecida com o inciso III do art. 333, dizendo respeito ao enfraquecimento da garantia por desvalorização do bem dado. A título de exemplo, se o imóvel dado em hipoteca é destruído por uma catástrofe natural, há que se falar em vencimento antecipado se não houver substituição da garantia. Para a deterioração da coisa, a lei não exige a culpa do devedor, bastando o elemento objetivo da desvalorização, a tornar a garantia insuficiente.

Nos termos do art. 1.425, II, o vencimento antecipado da dívida garantida também ocorre se o devedor cair em insolvência ou falir, decorrendo o vencimento antecipado da abertura de concursos de credores; o que constitui repetição do art. 333, I, da mesma lei geral privada. No caso de falência do devedor, pessoa jurídica, deve ser observada a preferência de pagamento tratada pelo art. 83 da Lei de Falências, exposta no início deste capítulo.

Ato contínuo de estudo, haverá vencimento antecipado da obrigação garantida se as prestações não forem pontualmente pagas, toda vez que desse modo se achar estipulado o pagamento (inadimplemento por parte do devedor). Nesse caso, tratado pelo inciso III do art. 1.425 do CC, o recebimento posterior da prestação atrasada importa renúncia do credor ao seu direito de execução imediata. Concorda-se com José Fernando Simão, que, nas edições anteriores desta obra, sustentava ser a norma de ordem privada, cabendo afastamento pelas partes, por cláusula no instrumento (TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito civil*..., 2013, v. 4, p. 432).

Note-se que a situação não está tratada pelo art. 333 do Código Civil. De qualquer forma, é comum, em obrigações garantidas ou não por direitos reais, estipular o vencimento antecipado da dívida pelo inadimplemento, tendo a hipótese incidência genérica. A lei não estabelece qual o número de parcelas inadimplidas que gera a antecipação. Dessa forma, é possível estabelecer pelo instrumento que a impontualidade de uma única parcela gera tal efeito. De qualquer modo, na prática, é comum convencionar que o não pagamento de três parcelas é que gera o vencimento antecipado. A última previsão é salutar, dando oportunidade ao devedor purgar a mora.

Tem-se debatido se a cláusula de vencimento antecipado é abusiva, mormente se incluída em contratos de consumo. Da jurisprudência gaúcha, extrai-se que "A cláusula que determina o vencimento antecipado do contrato em caso de inadimplemento não é abusiva, pois está em consonância com o disposto no art. 1.425 do Código Civil" (TJRS, Apelação Cível 70020160172, Bagé, 10.ª Câmara Cível, Rel. Des. Jorge Alberto Schreiner Pestana, j. 29.11.2007, *DOERS* 07.12.2007, p. 57). De fato, em regra, pela previsão expressa da lei, não há que se falar em abusividade, salvo se outro direito do consumidor for atingido pela convenção.

Discute-se, ainda, se o citado inciso abrange os casos de descumprimento de distrato, concluindo a mesma Corte Estadual que a resposta é positiva, o que é salutar: "Apelação cível e recurso adesivo. Embargos à execução. Título executivo extrajudicial. Nulidade inexistente. Executividade do distrato firmado entre as partes. Vencimento antecipado da dívida. Aplicação do artigo 1.425, III, do Código

Civil. Gratuidade judiciária postulada pelo embargado. Indeferimento. Recursos desprovidos. Unânime" (TJRS, Apelação Cível 575010-03.2011.8.21.7000, Barra do Ribeiro, 9.ª Câmara Cível, Rel.ª Des.ª Iris Helena Medeiros Nogueira, j. 21.03.2012, *DJERS* 26.03.2012).

De qualquer modo, valem as precisas lições de Gladston Mamede, que propõe a interpretação do comando de acordo com a *função social dos institutos civis*. Pontua o jurista mineiro que, "tomado em sentido absoluto, o termo impontualidade refere-se a qualquer ato que não seja aplicado em seu preciso tempo, mesmo que seja um instante após. Serviria esse sentido para o Direito, mormente nos contextos que estamos a estudar? Acredito que a resposta seja negativa. Acredito que o direito das obrigações, mesmo aquelas garantidas por direito real, está fortemente marcado pelo princípio do *favor debitoris*, ou seja, da interpretação favorável ao devedor, àquele que está obrigado" (MAMEDE, Gladston. *Código*..., 2003, v. XIV, p. 94). As palavras transcritas contam com o apoio deste autor.

Voltando ao objeto principal de estudo deste tópico, o quarto caso de vencimento antecipado diz respeito ao perecimento do bem dado em garantia, se esse não for substituído (art. 1.425, inc. IV, do Código Civil). Em situações tais, a coisa perdida se sub-rogará na eventual indenização do seguro, ou no ressarcimento do dano, em benefício do credor, a quem assistirá sobre ela preferência até seu completo reembolso (§ 1.º do art. 1.425). Imagine-se o caso de veículo dado em penhor que se perde em acidente. A indenização ou o valor da garantia do seguro será pago ao credor, pelos termos da última norma. Concretizando, vejamos julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo que debateu o último preceito, a ser aplicado à venda com reserva de domínio:

> "Apelação Cível Anulatória de multa administrativa imposta pela Coordenadoria de Defesa do Consumidor. Seguradora que teria infringido o Código de Defesa do Consumidor ao recusar o pagamento de sinistro de veículo (perda total). Veículo adquirido através de contrato com reserva de domínio, sendo necessária a comprovação da quitação do financiamento. Conduta que não pode ser considerada manifestamente abusiva. Cláusula contratual prevendo a necessidade de comprovação da propriedade do bem para o pagamento da indenização. Admissibilidade. Transferência dos salvados à Seguradora que só pode ser realizada por quem ostente a condição de proprietário. Veículo sinistrado dois meses após a aquisição, sendo legítimo inferir que a indenização caberia, em sua maior parte, à financiadora (proprietária do bem) e não à consumidora. Multa aplicada precipitadamente. Exigência da Seguradora amparada pelo § 1.º do artigo 1.425 do Código Civil. Sentença mantida. Recurso improvido" (TJSP, Apelação 9101524-82.2003.8.26.0000, Acórdão 5502781, Campinas, 5.ª Câmara de Direito Público, Rel.ª Des.ª Maria Laura Tavares, j. 24.10.2011, *DJESP* 30.11.2011).

Por fim, há vencimento antecipado da dívida garantida se ocorrer a desapropriação do bem imóvel em garantia, hipótese na qual se depositará a parte do preço que for necessária para o pagamento integral do credor (art. 1.425, inc. V, do CC). O preceito tem subsunção a todos os casos de desapropriação previstos no Direito Brasileiro, inclusive para a desapropriação judicial privada por posse-trabalho (art. 1.228, §§ 4º e 5º, do Código Civil), abordada no Capítulo 3 desta obra.

A exemplificar a incidência da última previsão, decidiu o Superior Tribunal de Justiça, a respeito de caso de desapropriação agrária (art. 184 da Constituição Federal), que, "nos termos do § 3.º do art. 7.º da LC 76/93, os titulares de direitos reais sobre o imóvel desapropriando serão intimados acerca do ajuizamento da ação de desapropriação, como meio de garantir-lhes o direito à habilitação dos seus créditos. Conforme já decidido no âmbito desta Corte Superior, 'se o imóvel expropriado está gravado por hipoteca, a indenização – no todo ou em parte – não pode ser recebida pelo expropriado, antes da quitação do crédito hipotecário' (REsp 37.224/SP, 2.ª Turma, Rel. Min. Ari Pargendler, *DJ* de 14.10.1996)" (STJ, REsp 846.099/RN, 1.ª Turma, Rel.ª Min.ª Denise Martins Arruda, j. 17.05.2007, *DJU* 11.06.2007, p. 280).

Para as duas últimas previsões de vencimento antecipado, só se vencerá a hipoteca antes do prazo estipulado se o perecimento, ou a desapropriação, recair sobre o bem dado em garantia e se a hipoteca não abranger outros bens (§ 2.º do art. 1.425 do CC). De acordo com o mesmo preceito, subsiste, no caso contrário, a dívida reduzida, com a respectiva garantia sobre os demais bens, não desapropriados ou destruídos.

Conforme bem esclarecido por José Fernando Simão nas edições anteriores desta obra, "Pela norma, se o valor do bem remanescente não for suficiente para cobrir o valor da dívida, ocorrerá o vencimento antecipado da dívida hipotecária, mas não por inteiro, e somente quanto aos bens destruídos ou desapropriados. Desse modo, haverá a divisão da dívida e da hipoteca em duas partes: *a)* quanto ao bem remanescente permanece a hipoteca e a data de vencimento avençada pelas partes; e *b)* quanto aos bens perdidos, a dívida se vence de imediato e deve ser paga ao credor" (TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito civil*..., 2013, v. 4, p. 433).

A encerrar o presente tópico, em todos os casos listados de vencimento antecipado da dívida, não se compreendem os juros correspondentes ao tempo ainda não decorrido, ou seja, os juros vincendos (art. 1.426 do CC/2002). Isso, por razões óbvias, pois não se pode admitir o enriquecimento sem causa. Como é notório, não é licita a cobrança de juros antes de vencida a obrigação.

8.2 DO PENHOR

8.2.1 Conceito, partes e constituição

A palavra *penhor* vem de *pignus ou pignoris*, tendo três acepções, como bem demonstra Rubens Limongi França. A primeira dela é de contrato (no sentido de negócio que visa a sua constituição), a segunda é do objeto (a própria coisa empenhada), a terceira acepção é de direito real em garantia (*Instituições*..., 1999, p. 511). Define e explica o *caput* do art. 1.431 do Código Civil em vigor que "Constitui-se o penhor pela transferência efetiva da posse que, em garantia do débito ao credor ou a quem o represente, faz o devedor, ou alguém por ele, de uma coisa móvel, suscetível de alienação".

Assim, como primeiro direito real de garantia sobre coisa alheia, o penhor é constituído sobre bens móveis (em regra), ocorrendo a transferência efetiva da posse do bem do devedor ao credor (também em regra). Diz-se duplamente *em regra*, pois, no penhor rural, industrial, mercantil e de veículos, as coisas empenhadas continuam em poder do devedor, que as deve guardar e conservar, conforme estabelece o parágrafo único do art. 1.431 do CC/2002. Com a celebração do negócio, a posse indireta da coisa é transmitida ao credor pignoratício, por meio de uma tradição ficta ou presumida, o constituto possessório. Em complemento, nem sempre o penhor recairá sobre coisa móvel, como em algumas dessas *modalidades especiais* de penhor convencional, como se verá.

Como partes do penhor, inicialmente, há o *devedor pignoratício*, aquele que dá a coisa em garantia, proprietário do bem, tendo a dívida em seu desfavor. Pode ser o próprio devedor ou terceiro, conforme as regras que ainda serão abordadas neste capítulo. A outra parte é o *credor pignoratício*, que tem o crédito e o direito real de garantia a seu favor.

Não se pode esquecer que a instituição do penhor será efetivada por instrumento, seja ele público ou particular. Em suma, a sua constituição é um ato jurídico formal, pela exigência de forma escrita, sob pena de nulidade. Conforme o art. 1.432 do CC/2002, sendo feito por instrumento particular,

deve ainda ser levado a registro, por qualquer dos contratantes, em regra, no Cartório de Títulos e Documentos. O registro é elemento essencial para a constituição e eficácia real ou *erga omnes* do penhor.

Não sendo preenchido tal requisito, o negócio jurídico assume feição contratual, com efeitos *inter partes* apenas. Conforme se extrai de julgado do Superior Tribunal de Justiça, "tratando-se de veículos automotores dados em penhor cedular, para a eficácia da garantia em relação a terceiros, é necessário o seu registro no Cartório de Registro de Títulos e Documentos ou na repartição competente para expedir licença ou registrá-los" (STJ, REsp 200.663/SP, Rel. Min. Barros Monteiro, 4.ª Turma, j. 02.03.2004, *DJ* 17.05.2004, p. 228).

Como exemplo típico de penhor, cite-se a hipótese de alguém que quer um financiamento junto à Caixa Econômica Federal e que oferece joias em garantia real. Tais bens são entregues pelo devedor ao credor, até que a dívida seja efetivamente paga.

Por fim, não se pode confundir o *penhor (garantia real)*, em que os bens são *empenhados ou apenhados*, com a *penhora* (*constrição judicial para garantia do processo*), em que os bens são *penhorados*. Tal diferenciação pode ser retirada do outrora estudado art. 333, inc. II, do Código Civil, que estabelece o vencimento antecipado da obrigação se os bens *empenhados* (objeto de penhor) forem *penhorados* em execução promovida por outro credor.

8.2.2 Dos direitos e deveres do credor pignoratício

Após as regras gerais de constituição do penhor, a codificação geral privada elenca os direitos e obrigações do credor pignoratício. Apesar de a lei utilizar a expressão *obrigações*, melhor tecnicamente falar em *deveres*, que tem sentido mais genérico.

Iniciando-se pelos direitos do credor pignoratício, este terá a posse da coisa empenhada, em regra, o que decorre da própria estrutura, do instituto (art. 1.433, inc. I, do CC/2002). Isso se dá no *penhor convencional comum*, sendo certo que, nas modalidades especiais de penhor convencional, a posse da coisa é mantida como o devedor, como se estudará pontualmente.

A regra é completada pelo art. 1.434 do Código Civil, segundo o qual o credor pignoratício não pode ser constrangido a devolver a coisa empenhada, ou uma parte dela, antes de ser integralmente pago. Trata-se de confirmação da regra de *indivisibilidade da garantia real*.

Todavia, em complemento e como exceção, estabelece a própria norma que pode o juiz, a requerimento do proprietário e do devedor pignoratício, determinar que seja vendida apenas uma das coisas que garantam a dívida, ou parte da coisa empenhada suficiente para o pagamento do credor, antes mesmo do vencimento da dívida. Ilustrando, se um lote de joias é objeto de penhor, o devedor poderá requerer que parte delas seja vendida e o restante seja devolvido. Essa última regra é uma novidade, que não constava da codificação anterior, tendo aplicação ao que a doutrina denomina como *penhor solidário*, aquele que recai sobre vários bens (TEPEDINO, Gustavo; MORAES, Maria Celina Bodin de; BARBOZA, Heloísa Helena. *Código*..., 2011, v. III, p. 874).

Destaque-se que há proposta de alteração do dispositivo, por meio do atual Projeto de Lei 699/2011 (antigo projeto Ricardo Fiúza), para que se retire a possibilidade de venda de apenas uma das coisas, o que representaria uma afronta ao princípio da invisibilidade segundo a proposição,

retirado do art. 1.421 do CC/2002. Com o devido respeito, não se filia à alteração, pois o sistema atual parece salutar, mantendo-se o penhor somente naquilo que efetivamente garanta a dívida.

Seguindo no estudo dos direitos do credor pignoratício, pode ele reter a coisa garantida, até que o indenizem das despesas devidamente justificadas que tiver feito, não sendo ocasionadas por culpa sua (art. 1.433, inc. II, do CC). Tal *direito de retenção* somente é reconhecido se não houver dolo ou culpa em sentido estrito na geração de despesas desnecessárias relativas à conservação da coisa. Explica Marco Aurélio S. Viana que despesas justificadas "são as que ele tenha feito e delas faça prova, e que se efetivaram no cumprimento das obrigações que decorram da sua situação jurídica, pois passou a ter a guarda da coisa. Não nos esqueçamos que ele é investido na posse direta do objeto do penhor. Nessa situação é possível que faça despesas para a conservação, guarda e defesa da coisa empenhada" (*Comentários...*, 2003, v. XVI, p. 729-730). Como o credor pignoratício é possuidor de boa-fé, diante de uma presunção pelo justo título, devem ser observadas as regras relativas a esse possuidor, mormente a premissa de indenização e retenção por benfeitorias necessárias e úteis, retiradas do art. 1.219 da codificação privada.

Como terceiro direito, o credor pignoratício pode pleitear o devido ressarcimento do prejuízo que houver sofrido por vício da coisa empenhada (art. 1.433, inc. III, do CC). O vício citado é objetivo ou estrutural, em categoria similar aos vícios redibitórios. Por isso, o credor somente pode alegar tais problemas se se tratarem de vícios ocultos ou não informados. Como decorrência natural dessa posição, se o credor recebeu a coisa sabendo do vício ou se esse for aparente, deve-se entender que assumiu o risco ao celebrar a garantia. Há quem entenda, com razão, que a responsabilidade civil gerada pelo comando tem natureza objetiva, ou independentemente de culpa (FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Curso*..., 2012, v. 5, p. 881; MELO, Marco Aurélio Bezerra de. *Direito*..., 2007, p. 398).

O quarto direito do credor pignoratício é de promover a execução judicial, ou a venda amigável, se lhe permitir expressamente o contrato, ou lhe autorizar o devedor mediante procuração (art. 1.433, inc. IV, do CC). Trata-se de um direito que decorre da característica da excussão do direito real.

Cabe fazer uma ressalva a respeito da hipoteca, uma vez que o Decreto-lei 70/1966 consagra a possibilidade de um leilão extrajudicial para os imóveis hipotecados com expedição de cédula hipotecária perante o sistema financeiro nacional.

De acordo com o seu art. 32, não acudindo o devedor à purgação do débito, o agente fiduciário estará, de pleno direito, autorizado a publicar editais e a efetuar, no decurso dos 15 dias imediatos, o primeiro público leilão do imóvel hipotecado. Se, nesse primeiro público leilão, o maior lance obtido for inferior ao saldo devedor no momento, acrescido das despesas contratuais, mais as do anúncio e contratação da praça, será realizado o segundo público leilão, nos 15 dias seguintes, no qual será aceito o maior lance apurado, ainda que inferior à soma das aludidas quantias.

Sucessivamente, se o maior lance do segundo público leilão for inferior àquela soma, serão pagas inicialmente as despesas componentes da mesma soma, e a diferença entregue ao credor, que poderá cobrar do devedor, por via executiva, o valor remanescente de seu crédito, sem nenhum direito de retenção ou indenização sobre o imóvel alienado.

Por outra via, se o lance de alienação do imóvel, em qualquer dos dois públicos leilões, for superior ao débito total, a diferença afinal apurada será entregue ao devedor. Por fim, estabelece o

último parágrafo do preceito que a morte do devedor pessoa física, ou a falência ou dissolução do devedor pessoa jurídica, não impede a incidência desses leilões extrajudiciais.

Há muito tempo se aventa a inconstitucionalidade da norma, por afastar a excussão judicial do direito real de garantia em questão, possibilitando uma espécie de execução administrativa. A questão está sendo debatida perante o Pleno do Supremo Tribunal Federal, estando suspenso o julgamento desde setembro de 2011. De toda sorte, destaque-se a existência de decisões anteriores do próprio Excelso, deduzindo pela constitucionalidade da norma (STF, RE 223.075/DF, 1.ª Turma, Rel. Min. Ilmar Galvão, j. 23.06.1998). Na verdade, tem-se percebido, na prática, a prevalência dessa última tese, o que pode ser sintetizado pela Súmula 20 do Tribunal de Justiça de São Paulo: "A execução extrajudicial, fundada no Decreto-Lei n.º 70, de 21.11.1966, é constitucional".

Na mesma linha tem entendido o Superior Tribunal de Justiça, que faz apenas a exigência da notificação pessoal do devedor em relação ao leilão: "Processo civil. Sistema Financeiro da Habitação. Execução extrajudicial. Decreto-Lei 70/1966. Leilão. Devedor. Intimação pessoal. Necessidade. 1. O Superior Tribunal de Justiça pacificou a orientação de que o mutuário deve ser pessoalmente intimado do dia, hora e local da realização do leilão do imóvel financiado no âmbito do Sistema Financeiro da Habitação, sob pena de nulidade da praça, conforme disposto no Decreto-Lei 70/1966. 2. Agravo Regimental não provido" (STJ, AgRg no REsp 309.106/SC, Rel. Min. Herman Benjamin, 2.ª Turma, j. 18.12.2008, *DJe* 24.03.2009). O tema voltará a ser debatido no próximo capítulo, quando do estudo do leilão extrajudicial existente na alienação fiduciária em garantia de bens imóveis.

Em relação à venda amigável, essa somente é possível se houver previsão expressa no instrumento do direito real ou autorização do devedor, mediante procuração. Tal caminho, que foge da via judicial, segue a linha de *desjudicialização dos conflitos civis*. Se a cláusula que estabelece a venda amigável for imposta em contrato de consumo ou de adesão, pode-se discutir sua validade com base no art. 51 do CDC e no art. 424 do CC, posição que é defendida por Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (*Curso*..., 2012, v. 5, p. 881).

A jurisprudência federal, que julga as questões relativas ao penhor feito com a Caixa Econômica Federal, tem entendido que a venda amigável dos bens, em casos de inadimplemento do devedor, independe de sua notificação prévia, o que não constitui ofensa ao devido processo legal (TRF da 4.ª Região, Apelação Cível 2008.71.12.000803-0/RS, 3.ª Turma, Rel. Juiz Fed. Guilherme Beltrami, j. 05.10.2010, *DEJF* 18.10.2010, p. 496; TRF da 4.ª Região, Apelação Cível 2007.70.03.001564-6/PR, 3.ª Turma, Rel.ª Juíza Fed. Marina Vasques Duarte de Barros Falcão, j. 19.01.2010, *DEJF* 04.03.2010, p. 388 e TRF da 3.ª Região, Apelação Cível 145567, Processo 93.03.104327-8/SP, 5.ª Turma, Rel. Desig. Des. Fed. André Nabarrete Neto, *DJU* 15.04.2008, p. 468). Com o devido respeito, o presente autor entende que a notificação do devedor faz-se necessária, diante do dever anexo de informação, decorrente da boa-fé objetiva.

O credor pignoratício tem o dever de apropriar-se dos frutos da coisa empenhada que se encontra em seu poder (art. 1.433, inc. V, do CC). Tal direito representa aplicação do *princípio da gravitação jurídica*, pelo qual o acessório segue o principal. Lembre-se que os frutos são bens acessórios que saem do principal sem diminuir a sua quantidade.

Pontue-se que tal prerrogativa deve ser analisada em sintonia com o art. 1.435, inc. III, do Código, que estabelece o dever do credor pignoratício em imputar em pagamento o valor dos frutos

apropriados nas despesas de guarda e conservação, nos juros e no capital da obrigação garantida, sucessivamente. Melhor explicando, se o credor resolver apropriar-se dos frutos, essa apropriação somente é possível se relacionada com tais valores, na ordem descrita. Em suma, o que se nota é que, se não preenchidos esses requisitos, não haverá direito quanto aos frutos, o que é confirmado pelo inc. V do art. 1.435, segundo o qual o credor pignoratício tem o dever de restituir o bem empenhado com os respectivos frutos e acessões ao final da garantia, uma vez paga a dívida. Como bem pondera Marco Aurélio S. Viana, "o que se assegura ao credor é apenas o direito de cobrar os frutos nas épocas próprias, mas não tornar-se dono deles" (*Comentários*..., 2003, v. XVI, p. 731).

Aplicando toda a sistemática, descrita, decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul concluiu que "os dividendos produzidos pelas ações durante o penhor devem ser entregues aos demandantes, porque é obrigação do credor pignoratício restituir com os respectivos frutos, uma vez paga a dívida, conforme disposto nos artigos 1.433, inciso V, e 1.435, incisos III e IV, do Código Civil. O pagamento dos valores auferidos pelo banco com o capital que deveria ter destinado aos demandantes, os denominados frutos ilícitos. O deságio e os dividendos compõem as perdas e os danos, não, porém, os supostos valores que o banco teria ganho com o montante do capital que deveria ter destinado aos demandantes. Impossibilidade de deferir ditos frutos por suposto uso indevido dos recursos dos demandantes com fundamento em rendimento e vantagens auferidos pelo banco no exercício da sua atividade financeira" (TJRS, Apelação Cível 396505-87.2011.8.21.7000, Porto Alegre, 20.ª Câmara Cível, Rel. Des. Carlos Cini Marchionatti, j. 23.11.2011, *DJERS* 09.12.2011).

O último direito do credor pignoratício é o de promover a venda antecipada, mediante prévia autorização judicial, sempre que haja receio fundado de que a coisa empenhada se perca ou deteriore, devendo o preço ser depositado (art. 1.433, inc. VI, do CC). De acordo com o mesmo preceito, em casos tais, o dono da coisa empenhada pode impedir a venda antecipada, substituindo-a, ou oferecendo outra garantia real idônea, hipótese de *sub-rogação real legal*, substituição de uma coisa por outra por determinação da norma jurídica. Consigne-se que essa venda é sempre judicial, diante da proibição do *pacto comissório real*, retirada do art. 1.428 da lei civil.

A ilustrar o inciso, Sílvio de Salvo Venosa cita a hipótese de produtos que perdem sua validade ou que gerem algum prejuízo em caso de armazenamento, lecionando que "deve ser examinado o aspecto econômico, no caso concreto. O sentido da disposição é assegurar a efetividade da garantia" (VENOSA, Sílvio de Salvo. *Código*..., 2010, p. 1298). Partindo para casos concretos, o Tribunal Paulista admitiu a venda antecipada de ações, por entender pela possibilidade de perda de liquidez no mercado:

"Medida cautelar de arresto. Liminar. Cédulas de crédito bancário nas quais foram dadas em penhor ações pertencentes às empresas requeridas. Revogação da procuração autorizando a venda das ações em caso de inadimplemento do débito. Possibilidade, ainda, das referidas ações perderem liquidez em razão do cancelamento do registro da empresa como sociedade aberta. Configuração da relevância da fundamentação, bem como do risco de dano irreparável ou de difícil reparação, a autorizar a venda antecipada das ações que foram dadas em penhor ao banco requerente. Todavia, merecem ser indeferidos os pedidos de complementação do arresto, pela realização de bloqueio *on-line* de ativos financeiros em nome das requeridas, diante da ausência de elementos a comprovar que as demais garantias são insuficientes para a satisfação do crédito, bem como o de envio de ofícios para determinar a apuração de eventuais ilícitos, em face da falta de provas de que a corretora tendência agiu em conluio com as empresas devedoras. Recurso provido em parte" (TJSP, Agravo de Instrumento 991.09.066515-6, Acórdão 4345930, São Paulo, 23.ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Paulo Roberto de Santana, j. 24.02.2010, *DJESP* 22.03.2010).

Ou, ainda, entre arestos mais antigos do Superior Tribunal de Justiça, *decisio* que autorizou a venda antecipada de produtos perecíveis, assim ementada: "Mandado de segurança. Ato judicial. Execução. Venda antecipada. Tratando-se de execução de dívida garantida pelo penhor de coisas perecíveis, que vieram a ser penhoradas, a decisão de sua venda antecipada não causa ofensa amparável por mandado de segurança. Recurso improvido" (STJ, ROMS 6.864/RJ, 4.ª Turma, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar Júnior, j. 08.10.1996, *DJU* 11.11.1996, p. 43.712).

Analisados os direitos do credor pignoratício, vejamos seus deveres, conforme o art. 1.435 da mesma norma privada. A violação desses deveres poderá gerar a resolução do penhor, por inadimplemento do credor pignoratício.

O primeiro deles é o de manter a coisa sob sua custódia, como depositário, e ressarcir ao dono a perda ou deterioração de que for culpado, podendo ser compensada na dívida, até a concorrente quantia, a importância referente à responsabilidade (inc. I). Várias são as questões jurídicas que surgem de tal dever.

De início, o tratamento do credor como depositário o enquadra na modalidade de *depósito legal necessário*, nos termos do art. 647, inc. I, do Código Civil, eis que a imposição do depósito decorre da lei. O entendimento era defendido por José Fernando Simão nas edições anteriores desta obra, e conta com o apoio deste autor, agora solitário (TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito civil*..., 2013, v. 4, p. 439). Como há depósito no penhor, a cessão dos bens é apenas para a guarda, não englobando o uso da coisa.

A questão de ser o credor pignoratício tratado como depositário gera o debate a respeito da possibilidade de sua prisão civil, nos termos do art. 5.º, inc. LXII, da Constituição Federal e do art. 652 do Código Civil. Todavia, o que se via na prática, e no passado, eram discussões jurídicas sobre a prisão da outra parte do penhor, o devedor pignoratício. Como ainda se verá nesta obra, o Supremo Tribunal Federal – após grande divergência, inclusive em relação ao Superior Tribunal de Justiça – retirou do sistema a possibilidade de prisão no depósito, diante da força supralegal da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, conhecida como Pacto de São José da Costa Rica. De forma definitiva, foi editada pelo Excelso Pretório, em 16 de dezembro de 2009, a Súmula Vinculante 25, com o seguinte teor: "É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito".

Ainda de acordo com o inc. I do art. 1.435 do Código Civil, o credor pignoratício deve ressarcir ao dono a perda ou deterioração de que for culpado. A culpa mencionada está em sentido amplo, englobando o dolo – intenção de prejudicar – e a culpa em sentido estrito, por imprudência, negligência ou imperícia. Não havendo culpa, resolve-se o penhor, sem perdas e danos. Mais uma vez surge debate sobre a amplitude da norma se houver relação de consumo. Como pondera Francisco Eduardo Loureiro, com razão, "Ressalte-se que, em determinados casos, há relação de consumo, e o dever de guarda é exercido em caráter habitual, como nos casos de instituições financeiras. A responsabilidade então é objetiva e somente há excludente por falta de nexo causal, em especial fortuito externo, não ligado à atividade do credor. Já decidiu o STJ que, em relação de consumo, é abusiva a cláusula que prefixa o valor do bem empenhado a ser indenizado abaixo do mercado" (LOUREIRO, Francisco Eduardo. *Código*..., 2010, p. 1.533).

A título de exemplo, imagine-se o caso das joias que estão sob custódia da Caixa Econômica Federal. Ocorre um roubo dos cofres da agência em que estão os bens depositados. Obviamente que,

em casos tais, haverá responsabilidade da entidade bancária, sendo nula qualquer cláusula que limita a indenização, nos termos dos arts. 25 e 51, inc. I, do Código de Defesa do Consumidor. Em suma, limita-se a amplitude do art. 1.435, inc. I, do Código Civil, em consonância com as regras e os princípios da Lei Consumerista, o que é aplicação da tese do *diálogo das fontes*. Nesse sentido, do Superior Tribunal de Justiça:

"Direito civil. Penhor. Danos morais e materiais. Roubo/furto de joias empenhadas. Contrato de seguro. Direito do consumidor. Limitação da responsabilidade do fornecedor. Cláusula abusiva. Ausência de indício de fraude por parte da depositante. I – O contrato de penhor traz embutido o de depósito do bem e, por conseguinte, a obrigação acessória do credor pignoratício de devolver esse bem após o pagamento do mútuo. II – Nos termos do artigo 51, I, da Lei 8.078/90, são abusivas e, portanto, nulas, as cláusulas que de alguma forma exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios no fornecimento do produto ou do serviço, mesmo que o consumidor as tenha pactuado livre e conscientemente. III – Inexistente o menor indício de alegação de fraude ou abusividade de valores por parte da depositante, reconhece-se o dever de ressarcimento integral pelos prejuízos morais e materiais experimentados pela falha na prestação do serviço. IV – Na hipótese dos autos, em que o credor pignoratício é um banco e o bem ficou depositado em cofre desse mesmo banco, não é possível admitir o furto ou o roubo como causas excludentes do dever de indenizar. Há de se levar em conta a natureza específica da empresa explorada pela instituição financeira, de modo a considerar esse tipo de evento, como um fortuito interno, inerente à própria atividade, incapaz de afastar, portanto, a responsabilidade do depositário. Recurso Especial provido" (STJ, REsp 1.133.111/PR, Rel. Min. Sidnei Beneti, 3.ª Turma, j. 06.10.2009, *DJe* 05.11.2009).

Por fim quanto ao comando, estabelece o mesmo inciso I do art. 1.435 que poderá ser compensada na dívida, até a concorrente quantia, a importância referente à responsabilidade do credor pignoratício. A hipótese é de compensação legal de *dívida ilíquida*, referente a valor que ainda não é certo quanto à existência e determinado quanto ao valor, pois atinente à responsabilidade civil do credor pignoratício pela perda ou deterioração da coisa. Como é notório, a compensação é forma de pagamento indireto que gera a extinção de dívidas mútuas ou recíprocas até o ponto em que se encontrarem.

Conforme o art. 368 do CC/2002, se duas pessoas forem ao mesmo tempo credor e devedor uma da outra, as duas obrigações extinguem-se, até onde se compensarem. Em complemento, como requisito da compensação legal, esta efetua-se entre dívidas líquidas, vencidas e de coisas fungíveis, nos dizeres do art. 369 da própria codificação. Em conclusão, o que se nota no comando em estudo é uma exceção à regra de compensação legal apenas das dívidas líquidas. Concretizando essa compensação, julgado do mesmo Superior Tribunal de Justiça, mais uma vez tratando de roubo de joias empenhadas depositadas em agência bancária:

"Civil. Penhor. Joias. Assalto à agência bancária. Perda do bem. Resolução do contrato. Ressarcimento do proprietário do bem. Pagamento do credor. Compensação. Possibilidade. Exceção de contrato não cumprido. Art. 1.092 do Código Civil/1916 e art. 476 do Código Civil/2002. O perecimento por completo da coisa empenhada não induz à extinção da obrigação principal, pois o penhor é apenas acessório desta, perdurando, por conseguinte, a obrigação do devedor, embora com caráter pessoal e não mais real. Segundo o disposto no inciso IV do art. 774, do Código Civil/1916, o credor pignoratício é obrigado, como depositário, a ressarcir ao dono a perda ou deterioração, de que for culpado. – Havendo furto ou roubo do bem empenhado, o contrato de penhor fica resolvido, devolvendo-se ao devedor o valor do bem empenhado, cabendo ao credor pignoratício o recebimento do valor do mútuo, com a possibilidade de compensação entre ambos, de acordo com o art. 775, do Código Civil/1916. Na hipótese de roubo ou furto de joias que se encontravam depositadas em agência bancária, por força de contrato de penhor, o credor pignoratício, vale dizer, o banco, deve pagar ao proprietário das joias subtraídas a quantia equivalente ao valor de mercado das mesmas, descontando-se os valores dos mútuos referentes ao contrato de penhor. Trata-se de aplicação, por via reflexa, do art. 1.092 do Código Civil/1916 (art. 476, do Código Civil atual). Recurso especial não conhecido" (STJ, REsp 730.925/RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3.ª Turma, j. 20.04.2006, *DJ* 15.05.2006, p. 207).

Igualmente para ilustrar, entre as decisões mais antigas, vejamos outro aresto da Corte Superior que admitiu a alegação de compensação em sede de execução, acórdão que foi assim resumido:

"Execução. Desaparecimento de garantia pignoratícia. Culpa do exequente. Compensação. 1. É direito do executado ver excutidos em primeiro lugar os bens dados em penhor (arts. 594 e 655, par-2., CPC). 2. Havendo culpa do exequente no desaparecimento da garantia pignoratícia, admite-se compensação entre o crédito exequendo e o valor monetário da mercadoria apenhada. 3. Possibilidade de comprovação da culpa do credor e de liquidação do crédito do executado em sede de embargos a execução fundada em título extrajudicial. Entendimento diverso conduziria a situação esdrúxula de o executado sofrer constrição de outros bens de seu patrimônio e ter que recorrer a ação autônoma para reaver os que foram dados em garantia" (STJ, REsp 8.453/SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, 4.ª Turma, j. 16.03.1992, *DJ* 03.08.1992, p. 11.320).

Seguindo no estudo dos deveres do credor pignoratício, tem ele a obrigação de defender a posse da coisa empenhada, em face de atentados praticados por terceiros (art. 1.435, inc. II, do CC). Tal dever decorre da existência da imposição de devolver a coisa empenhada ao final do negócio. Ademais, o direito real de garantia atribuiu ao credor a condição de possuidor da coisa, em regra, como possuidor direto, o que igualmente justifica a possibilidade de defesa da posse, nos termos dos arts. 1.196 e 1.210 da codificação.

Ainda no estudo da norma, o mesmo inciso enuncia outro dever ao credor pignoratício, pois, se houver a necessidade de promoção de uma ação possessória, deverá dar ciência ao dono da coisa, informando as circunstâncias que tornarem necessário o exercício da demanda. Trata-se de *dever anexo de informação* relativo à boa-fé objetiva, tratada pelo art. 422 do Código Civil. O não atendimento desse dever gera a violação positiva da obrigação, configuradora de modalidade de inadimplemento que independe de culpa, nos termos do Enunciado n. 24, da *I Jornada de Direito Civil*.

Como quarto dever, o credor deve imputar o valor dos frutos, de que se apropriar, conforme o outrora comentado art. 1.433, inciso V, nas despesas de guarda e conservação, nos juros e no capital da obrigação garantida, sucessivamente (art. 1.435, inc. III, do CC). O comando já foi explicado há pouco, quando do estudo dos direitos do credor pignoratício, especialmente no tocante ao direito aos frutos.

Como dever essencial do penhor, o credor deve restituir a coisa empenhada, com os respectivos frutos e acessões, uma vez paga a dívida (art. 1.435, inc. IV). Essa norma demonstra, na linha do exposto anteriormente, que o *credor não tem, na verdade, direito aos frutos*, cabendo apenas imputação por créditos que tenha em relação ao devedor pignoratício. Como acessões entendam-se as incorporações feitas na coisa, caso das plantações e construções.

Caso a coisa não seja devolvida, caberá, por parte do devedor e proprietário da coisa, uma ação de reintegração de posse, eis que a posse justa do credor passa a ser injusta por precariedade. É forçoso concluir, na linha da doutrina contemporânea, que a mora do credor, em casos tais, é *ex* re ou automática, nos termos do art. 397, *caput*, do CC/2002, não dependendo de sua notificação pelo devedor pignoratício (FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Curso...*, 2012, v. 5, p. 885; LOUREIRO, Francisco Eduardo. *Código...*, 2010, p. 1.534; MAMEDE, Gladston. *Código...*, 2003, v. XIV, p. 163).

O último dever que tem o credor pignoratício é o de entregar o que sobeje do preço, quando a dívida for paga, no caso de execução judicial ou de venda amigável. Assim, se a coisa for vendida por preço superior à dívida, o restante ou saldo deve ser devolvido ao devedor. A norma constante

do quinto e último inciso do art. 1.435 da codificação está em sintonia com a vedação do enriquecimento sem causa. Exemplificando, se, no caso de um penhor de joias, os bens em garantia forem vendidos judicialmente por R$ 20.000,00, sendo a dívida de R$ 10.000,00, o credor deverá devolver a diferença de R$ 10.000,00 ao devedor pignoratício.

8.2.3 Das modalidades de penhor

Analisadas as regras fundamentais do penhor, vejamos a abordagem de suas modalidades, pontualmente. Cabe esclarecer, para começar, que dois são os grandes grupos de penhor quanto à origem.

No primeiro deles está o *penhor legal*, que decorre de imposição da norma jurídica. No segundo grupo, há o *penhor convencional*, instituído por meio da autonomia privada, do exercício da liberdade individual dos envolvidos.

O *penhor convencional* pode ser *comum* ou *ordinário* e *especial*, o que leva em conta, nessa classificação, os seus efeitos. O *penhor convencional comum ou ordinário* foi estudado até o presente momento. Trata-se da forma regular de penhor, que tem por objeto bens móveis, ocorrendo a transmissão da posse do devedor ao credor. Cite-se, mais uma vez, o negócio de penhor de joias, celebrado com a Caixa Econômica Federal.

As modalidades de *penhor convencional especial* têm tratamento separado no Código Civil de 2002 e na legislação especial, conforme preceitos a seguir estudados.

8.2.3.1 Do penhor legal

O art. 1.467 do Código Civil de 2002 elenca duas hipóteses de pessoas que são consideradas credoras pignoratícias, independentemente de convenção e por força automática da lei. Trata-se, claramente, de formas de exercício de autotutela.

A primeira delas envolve os hospedeiros, ou fornecedores de pousada ou alimentos, sobre as bagagens, móveis, joias ou dinheiro que os seus consumidores ou fregueses tiverem consigo nas respectivas casas ou estabelecimentos, pelas despesas ou consumo que aí tiverem feito (inciso I). A situação típica é do hóspede que não paga as despesas de hospedagem, podendo o hotel reter bens de sua propriedade em garantia pelo não pagamento. Trata-se do *penhor legal do hospedeiro*, que inclui o fornecimento de alimentos, chamado de *restauração*. Daí o termo *restaurante*, sendo certo que a imposição do penhor pode igualmente favorecer o seu proprietário, apesar das dificuldades de apropriação dos bens dos clientes.

Como bem explica Gladston Mamede, na restauração há uma atividade complexa, muito maior do que uma simples venda de alimentos, “bastando recordar que mais do que transferir o domínio do alimento, a restauração implica o oferecimento de ambiente para o consumo do mesmo, preparado para tal finalidade, por mais simples que seja a situação que, ao final, se apresente. O espaço, à frente de um carrinho de sanduíches aos ambientes refinados dos melhores restaurantes, passando pelos balcões de bares e lanchonetes, restauração não é mera venda de alimentos e bebidos: é prestação do serviço de alimentar” (MAMEDE, Gladston. *Código*..., 2003, v. XIV, p. 299).

Pois bem, nessa primeira hipótese de penhor legal, a conta das dívidas será extraída conforme a tabela impressa, prévia e ostensivamente exposta no hotel ou afim, dos preços de hospedagem, da pensão ou dos gêneros fornecidos. Isso, sob pena de nulidade absoluta do penhor (art. 1.468 do Código Civil). O preceito tem clara relação com o dever de informar decorrente da boa-fé objetiva.

Reafirme-se, na linha das edições anteriores desta obra, que o penhor legal do hospedeiro fica em xeque em face da principiologia do Código de Defesa do Consumidor, dentro da linha de *diálogo das fontes* seguida por este autor. Na prática, fica difícil imaginar um caso de hospedagem descrita no comando que não se afigure como contrato de consumo. Pode ser citado o caso de alguém que, eventualmente, hospeda alguém em sua casa, o que é excepcional. Não havendo habitualidade, não há atividade a caracterizar a figura do fornecedor ou prestador, nos termos do art. 3.º do CDC.

Partindo para a grande maioria das hipóteses fáticas, em que há relação jurídica de consumo, o art. 42 da Lei 8.078/1990 veda, na cobrança de dívidas, que o consumidor seja exposto ao ridículo ou sofra qualquer tipo de constrangimento ou ameaça. Ora, a retenção de bens particulares do hóspede, nitidamente um consumidor, parece violar tal comando, até porque tais bens são geralmente íntimos de seu proprietário. O constrangimento, em suma, é cristalino. Ademais, há uma prática abusiva, por violação ao art. 39, inc. V, do mesmo CDC, por se exigir do consumidor vantagem manifestamente excessiva Na doutrina, anote-se que assim se posicionam Marco Aurélio Bezerra de Melo (*Direito*..., 2007, p. 423), Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (*Curso*..., 2012, v. 5, p. 905).

Diante de tal constatação, melhor seria se a norma fosse revogada, por incompatibilidade com o sistema protetivo consagrado pelo Código de Defesa do Consumidor, norma de ordem pública e interesse social que não pode ser afastada por preceito do Código Civil, inclusive diante do reconhecimento da proteção dos consumidor es como direito fundamental (art. 5.º, inc. XXXII, da CF/1988). Pode-se dizer que a citada modalidade de penhor legal remonta às antigas origens do Direito Civil, não se coadunando com os valores jurídicos contemporâneos.

A segunda situação de penhor legal também é passível de críticas e ressalvas. Envolve o dono do prédio rústico (rural) ou urbano, que tem penhor sobre os bens móveis que o rendeiro ou inquilino tiver guarnecendo o mesmo prédio, pelos aluguéis ou rendas (art. 1.467, inc. II). Esse é o *penhor do locador ou arrendador*. Melhor explicando, em havendo inadimplência por parte do locatário, o locador poderá reter os seus bens para garantir o pagamento da dívida locatícia.

A ressalva se dá pela previsão relativa à proteção dos bens móveis que guarnecem o bem de família. Como é notório, a Lei 8.009/1990 estabelece a impenhorabilidade do imóvel destinado à residência da entidade familiar, tendo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça estendido a proteção ao imóvel de moradia de pessoa solteira (Súmula 364 do STJ). De acordo com o art. 1.º, *caput*, da norma, “O imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, é impenhorável e não responderá por qualquer tipo de dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza, contraída pelos cônjuges ou pelos pais ou filhos que sejam seus proprietários e nele residam, salvo nas hipóteses previstas nesta lei”. Em complemento, estabelece o seu parágrafo único, tal impenhorabilidade compreende todos os equipamentos, inclusive os de uso profissional, ou móveis que guarnecem a casa, desde que quitados.

Em reforço, preceitua o art. 649, inc. II, do Código de Processo Civil que são absolutamente impenhoráveis os móveis, pertences e utilidades domésticas que guarnecem a residência do executado, salvo os de elevado valor ou que ultrapassem as necessidades comuns correspondentes a

um médio padrão de vida. Como base nas duas leis, tem-se entendido que são protegidos pelo manto da impenhorabilidade todos os eletrodomésticos e utensílios que sejam essenciais à pessoa humana. Nessa linha, "A impenhorabilidade do bem de família compreende os móveis que o guarnecem, excluindo-se apenas os veículos de transporte, obras de arte e adornos suntuosos, de acordo com os arts. 1.º, parágrafo único, e 2.º, *caput*, da Lei n.º 8.009/90. Desta feita, são impenhoráveis aparelho de som, televisão, forno micro-ondas, computador, impressora e 'bar em mogno com revestimento em vidro', bens que usualmente são encontrados em uma residência e que não possuem natureza suntuosa" (STJ, REsp 589.849/RJ, Rel. Min. Jorge Scartezzini, 4.ª Turma, j. 28.06.2005, *DJ* 22.08.2005, p. 283).

Ora, se tais bens não podem ser penhorados igualmente, não podem ser objeto de penhor, mesmo que esse último seja imposto pela lei. No conflito entre o Código Civil e a Lei do Bem de Família, ficamos com a última, diante da proteção constitucional da moradia, retirada do art. 6.º da Constituição Federal. Ademais, pode ser suscitado o critério da especialidade da Lei 8.009/1990 e a generalidade da codificação privada. Cite-se a solução apregoada por Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, para quem o penhor legal a favor do locatário somente pode recair sobre os bens penhoráveis descritos no art. 2.º da Lei do Bem de Família, quais sejam, os adornos suntuosos e obras de arte (*Curso*..., 2012, v. 5, p. 905).

Destaque-se a existência de julgados que afastam a homologação do penhor legal em casos tais, não só pela argumentação exposta, mas também pela presença de outros bens que são absolutamente impenhoráveis. Vejamos:

> "Civil e processual civil. Agravo de instrumento. Penhor legal. Vestuário. Impenhorabilidade absoluta. Observância obrigatória. 1. As regras da penhorabilidade devem ser observadas pelo credor ao exercitar o penhor legal, que não pode recair sobre o vestuário do devedor em face da impenhorabilidade absoluta prevista no artigo 649, III, do CPC. 2. A retenção de vestimentas desrespeita a regra legal e autoriza a expedição de mandado de entrega, sobretudo quando utilizadas em atividade profissional. 3. Agravo improvido. Decisão mantida" (TJDF, Recurso 2012.00.2.015426-6, Acórdão 645.318, 3.ª Turma Cível, Rel. Des. Getúlio de Moraes Oliveira, *DJDFTE* 17.01.2013, p. 216).

> "'Nos termos do art. 1.467, inciso II, do CC/02, é lícito ao credor de aluguéis apreender os bens móveis pertencentes ao devedor, que guarnecem o prédio, não podendo a retenção recair sobre os bens absolutamente impenhoráveis. Caracterizada a irregularidade da apreensão dos bens decorrentes de penhor legal, em face da impenhorabilidade dos mesmos, configurado está o esbulho possessório, impondo-se o deferimento da medida liminar requerida nos autos da ação de reintegração de posse' (TJSC, Agravo de instrumento n. 2008.031830-3, de Blumenau, relator: Des. Edson Ubaldo, julgado em 01/07/2010)" (TJSC, Apelação Cível 2007.012491-6, Balneário Camboriú, 1.ª Câmara de Direito Civil, Rel.ª Des.ª Subst. Denise Volpato, j. 20.06.2011, *DJSC* 08.07.2011, p. 180).

Entretanto, infelizmente, os julgados que afastam o penhor legal do locador em casos de impenhorabilidade absoluta são minoria, havendo um número bem maior de acórdãos que pura e simplesmente homologa a garantia, sem qualquer ressalva.

Diante dessa infeliz realidade, como alternativa ao locatário, atente-se que pode ele impedir a constituição do penhor mediante caução idônea (art. 1.472 do CC/2002). Essa garantia legal pode ser pessoal ou fidejussória, caso de uma fiança. Pode ser, ainda, uma garantia real, caso de um penhor convencional, hipoteca ou anticrese. Como *caução* idônea, entenda-se aquela cujo valor seja próximo ao montante da dívida.

Seguindo no estudo do tema, partindo para a fria análise do texto legal, nas duas hipóteses de penhor legal, o credor poderá tomar em garantia um ou mais objetos até o valor da dívida (art. 1.469 do CC/2002). O dispositivo deixa claro que o penhor legal constitui o exercício de uma *autotutela*

por parte dos beneficiados pela lei.

Apesar de certa proximidade, a hipótese de apropriação no penhor legal não se confunde com o *direito de retenção*, como ponderam os civilistas de ontem e de hoje. Como explica Sílvio de Salvo Venosa, "Entre outras diferenças, pode-se apontar que, para exercer o direito de retenção, o retentor deve estar na posse do bem, o que não ocorre no penhor legal, em que o credor toma a posse da coisa. O direito de retenção é genérico, para proteger todo aquele que despendeu de boa-fé sobre coisa alheia cuja devolução é exigida. O penhor legal decorre exclusivamente das hipóteses legais. O direito de retenção é utilizado sempre como exceção de defesa. O penhor legal implica ação executória, cobrança por parte do credor. Por fim, a retenção aplica-se a móveis e imóveis, enquanto o penhor legal é reservado apenas a bens móveis" (*Código*..., 2010, p. 1.321).

Confirmando a existência da autotutela, os credores podem fazer efetivo o penhor, antes de recorrerem à autoridade judiciária, sempre que haja perigo na demora (*periculum in mora*), dando aos devedores comprovantes dos bens de que se apossarem (art. 1.470 do CC/2002). Trata-se de medida extrajudicial excepcionalíssima, a ser tomada antes da homologação judicial do penhor.

Com o devido respeito a quem pensa de forma contrária, eis aqui mais uma ressalva ao instituto do penhor legal, pois a tomada de bem alheio sem ação judicial representa verdadeiro confisco privado, na contramão dos valores do Direito Privado. Sendo lembrado que a primeira hipótese de penhor legal viola o Código de Defesa do Consumidor e a segunda a impenhorabilidade absoluta de bens, ficam claros o desatino e a desatualização também dessa última norma.

De qualquer modo, existem acórdãos que trazem à tona a subsunção do dispositivo. Afastando a medida, pelo fato de não ter sido o devedor comunicado do apossamento dos bens, do Tribunal Paulista:

"Retenção de bens móveis e documentos encontrados em imóvel. contrato de locação ou hospedagem em flat firmado com terceiro. Formalidades não atendidas para o exercício da autotutela pelo credor. Inexistência de comprovante dado ao devedor dos bens apossados e de pedido de homologação judicial do penhor. Ação de busca e apreensão de coisas e documentos. Procedência bem decretada na origem. Recurso não provido. 1. Despe-se de legalidade a retenção de bens em penhor legal se não se cumpre condição explicitada no art. 1.470 do Código Civil, dando-se ao devedor comprovante dos bens apossados. 2. No caso, não há prova de que a ré deu ao devedor, ou às autoras, comprovante dos bens de que se apossou nem de que, ato contínuo, requereu a homologação judicial do penhor legal (arts. 874 a 876, CPC), nos termos do art. 1.471 do mesmo Código. 3. Os demais questionamentos são irrelevantes, assentada a ilegalidade da retenção. Verbas sucumbenciais bem fixadas. Recurso não provido" (TJSP, Apelação 0228452-18.2009.8.26.0100, Acórdão 5535408, São Paulo, 29.ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Reinaldo Caldas, j. 16.11.2011, *DJESP* 19.01.2012).

Tomado o penhor, requererá o credor, ato contínuo, a sua homologação judicial (art. 1.471 do CC/2002). O instrumental dessa homologação consta do Código de Processo Civil, entre os procedimentos especiais.

De acordo com o art. 874 do Estatuto Processual, a petição inicial deve ser instruída com a conta pormenorizada das despesas, a tabela dos preços e a relação dos objetos retidos. O credor do penhor legal pedirá a citação do devedor para, no exíguo prazo de vinte e quatro horas, pagar ou alegar defesa. De acordo com o seu parágrafo único, estando suficientemente provado o pedido do credor, o juiz poderá homologar de plano o penhor legal. Como se nota, o rito é acelerado, o que igualmente pode ser criticado, se pensarmos nos atentados praticados pela lei ao admitir o penhor legal.

A defesa do hóspede ou locatário é limitada. Nos termos do art. 875 do Código de Processo Civil,

somente poderá o réu da ação alegar: *a)* nulidade do processo; *b)* extinção da obrigação, especialmente pelo pagamento da dívida; *c)* não estar a dívida compreendida entre as previstas em lei ou não estarem os bens sujeitos a penhor legal. Na última hipótese, pensa o presente autor, cabe a alegação de lesão ao Código de Defesa do Consumidor no caso do penhor legal do hospedeiro e de que os bens do locatário são absolutamente impenhoráveis.

Estatui, por fim, o art. 876 do CPC que, em seguida à apresentação da defesa, o juiz decidirá. Se homologar o penhor legal, serão os autos entregues ao requerente quarenta e oito horas depois, independentemente de traslado. Isso, salvo se, dentro desse prazo, a parte houver pedido certidão do processo. Por outra via, não sendo homologado o penhor legal, o objeto da garantia será entregue ao réu, ressalvado ao autor o direito de cobrar a conta por ação ordinária em qualquer caso.

A encerrar o estudo da categoria, ressalte-se que, além do penhor legal a favor do hospedeiro e do locador, o art. 31 da Lei 6.533/1978 consagra o penhor legal a favor do artista e do técnico de espetáculo sobre o equipamento e todo o material de propriedade do empregador, utilizado na realização do programa, espetáculo ou produção, pelo valor das obrigações não cumpridas pelo empregador. Aqui também poderia ser suscitada a impossibilidade do penhor legal por envolver a hipótese instrumentos de profissão, bens absolutamente impenhoráveis por força do art. 649, inc. V, do Código de Processo Civil. Todavia, a justificativa para o penhor legal, no último preceito, é o crédito trabalhista, que constitui um direito social fundamental, tutelado pelo art. 7.º, inc. IV, do Texto Maior.

8.2.3.2 Do penhor convencional especial rural

8.2.3.2.1 Regras gerais

Como primeira modalidade especial de penhor convencional, decorrente da autonomia privada, o penhor rural constitui-se sobre imóveis, mediante instrumento público ou particular, devidamente registrado no Cartório de Registro de Imóveis de situação da coisa (art. 1.438, *caput*, do CC/2002). Trata-se de modalidade especial, primeiramente, por recair sobre imóveis e não sobre bens móveis, como ocorre no penhor comum.

A categoria está tratada igualmente pela antiga Lei 492/1937, que conceitua o penhor rural em seu art. 1.º, *caput*, do seguinte modo: "Constitui-se o penhor rural pelo vínculo real, resultante do registro, por via do qual agricultores ou criadores sujeitam suas culturas ou animais ao cumprimento de obrigações, ficando como depositários daqueles ou destes". Cabe esclarecer imediatamente que as culturas (plantações) são consideradas *bens imóveis por acessão industrial*, havendo uma incorporação ao solo por atividade humana concreta e efetiva. Quanto aos animais, são bens *imóveis por acessão intelectual*, bens móveis incorporados ao imóvel rural pela vontade do proprietário. Essas modalidades de bens estão aprofundadas no Volume 1 desta coleção, que trata da Parte Geral do Código Civil de 2002.

Conforme o parágrafo único do mesmo art. 1.º da Lei 492/1937, o penhor rural compreende o penhor agrícola e o penhor pecuário, conforme a natureza da coisa dada em garantia. Nesse contexto de definição, o penhor rural é gênero, do qual são espécies o penhor agrícola e o penhor pecuário, tratados separadamente também pela codificação geral privada.

Esclareça-se que essa norma especial continua em vigor naquilo que não é incompatível ou regulamentado pelo Código Civil. Assim, por exemplo, o seu art. 2.º, § 2.º, que estabelece os requisitos de validade da escritura pública de penhor rural, a saber: *a)* os nomes, prenomes, estado, nacionalidade, profissão e domicílio dos contratantes; *b)* o total da dívida ou sua estimação; *c)* o prazo fixado para o pagamento; *d)* a taxa dos juros, se houver; *e)* as coisas ou animais dados em garantia, com as suas especificações, de molde a individualizá-las; *f)* a denominação, confrontação e situação da propriedade agrícola onde se encontrem as coisas ou animais empenhados, bem assim a data da escritura de sua aquisição, ou arrendamento, e número de sua transcrição imobiliária; *g)* as demais estipulações usuais no contrato mútuo.

De acordo com o parágrafo único do art. 1.438 do CC/2002, prometendo pagar em dinheiro a dívida que se garante com o penhor rural, o devedor poderá emitir, em favor do credor, a *cédula rural pignoratícia*, na forma determinada em lei especial. Essa cédula tem tratamento no Decreto-lei 167, de 14 de fevereiro de 1967, norma que remonta à época do Estado de exceção no País. O art. 14 do Decreto estabelece os requisitos essenciais, sob pena de invalidade, da citada cédula rural, a saber:

a) A denominação "Cédula Rural Pignoratícia".

b) Data e condições de pagamento. Havendo prestações periódicas ou prorrogações de vencimento, deve-se acrescentar na cédula a expressão: "nos termos da cláusula Forma de Pagamento abaixo" ou "nos termos da cláusula Ajuste de Prorrogação abaixo". De acordo com o § 1.º da norma, tais cláusulas, quando cabíveis, serão incluídas logo após a descrição da garantia, estabelecendo-se, na primeira, os valores e datas das prestações e na segunda, as prorrogações previstas e as condições a que está sujeita sua efetivação.

c) Nome do credor e a cláusula à ordem.

d) Valor do crédito deferido, lançado em algarismos e por extenso, com indicação da finalidade ruralista a que se destina o financiamento concedido e a forma de sua utilização.

e) Descrição dos bens vinculados em penhor, que se indicarão pela espécie, qualidade, quantidade, marca ou período de produção, se for o caso, além do local ou depósito em que os mesmos bens se encontrarem. Essa descrição poderá ser feita em documento à parte, em duas vias, assinadas pelo emitente e autenticadas pelo credor, fazendo-se, na cédula, menção a essa circunstância, logo após a indicação do grau do penhor e de seu valor global (art. 14, § 2.º).

f) Taxa dos juros a pagar, e da comissão de fiscalização, se houver, e o tempo de seu pagamento.

g) Praça ou local do pagamento.

h) Data e lugar da emissão.

i) Assinatura do próprio punho do emitente ou de representante com poderes especiais.

Assim como faz o Código Civil e o art. 3.º da Lei 492/1937, o Decreto-lei 167/1967 preceitua, no seu art. 17, que os bens apenhados ou empenhados continuam na posse imediata do emitente ou do terceiro prestante da garantia real, o que igualmente demonstra o caráter especial desse penhor. Como visto, repise-se, com a celebração do negócio, o credor recebe a posse indireta da coisa, por meio de uma tradição ficta ou presumida, o *constituto possessório*.

A par dessa estrutura, o emitente ou terceiro que dá a garantia responde por sua guarda e conservação como *fiel depositário*, seja pessoa física ou jurídica. Cuidando-se do penhor constituído por terceiro, o emitente da cédula responderá solidariamente com o empenhador – aquele que dá a garantia – pela guarda e conservação dos bens apenhados.

O tratamento do devedor como fiel depositário, não só presente nesta modalidade especial de penhor como em outras que seguirão, traz à tona a questão da prisão civil no penhor. Como é notório,

a possibilidade de prisão do depositário, em havendo inadimplemento de sua obrigação, está expressa no art. 5.º, inc. LXVII, da Constituição Federal de 1988 e no art. 652 do Código Civil em vigor.

No que se refere à possibilidade específica de prisão civil do devedor pignoratício, julgados anteriores e até mais atuais do Superior Tribunal de Justiça afastavam a sua viabilidade no caso de penhor de bens fungíveis, por entenderem os julgadores pela aplicação das regras do mútuo, em havendo *depósito irregular*. Assim deduzindo:

"Ação de depósito. Penhor. Coisas fungíveis. Nos contratos de depósito irregular aplicam-se as regras do mútuo. Nesse caso não cabe a ação de depósito com pedido de prisão do devedor" (STJ, REsp 11.108/RS, Rel. Min. Claudio Santos, 3.ª Turma, j. 08.10.1991, *DJ* 04.11.1991, p. 15.683).

"*Habeas corpus*. Recurso ordinário. Prisão civil. Penhor mercantil. Bens fungíveis. Esta Corte firmou entendimento no sentido de que, no penhor de bens fungíveis, o depositário não fica sujeito à prisão civil. Recurso provido" (STJ, RHC 17.525/PE, Rel. Min. Castro Filho, 3.ª Turma, j. 15.12.2005, *DJ* 01.02.2006, p. 520).

"Penhor rural. Cédula rural pignoratícia. Ação de depósito. Questão da fungibilidade dos bens dados em garantia e não mais existentes em poder de depositário. Prisão civil vedada. Financiamento concedido para 'estocagem de carne bovina'. Penhor incidente sobre determinado estoque de carne, por cláusula expressa depositado em poder da devedora para ser guardado em câmara frigorífica, com vedação de sua retirada total ou parcial sem autorização escrita do banco financiador. Caso em que a carne, bem fungível, ganha 'foros de infungibilidade', qualificação esta que não decorre apenas da natureza das coisas, mas igualmente pode resultar da livre vontade das partes. Prisão civil, não essencial a ação de depósito é somente admissível nos depósitos para guarda, e não nos depósitos em garantia de crédito, sob pena de retrocedermos aos tempos pristinos da prisão por dívidas, constitucionalmente defesa. Recurso especial conhecido e em parte provido, para afastar a carência da ação de depósito, excluída todavia a cominação de caráter pessoal" (STJ, REsp 12.507/RS, Rel. Min. Athos Carneiro, 4.ª Turma, j. 01.12.1992, *DJ* 01.02.1993, p. 465).

Como se extrai da última ementa, o STJ passou a entender pela impossibilidade de prisão civil nos depósitos presentes em negócios de garantia. Nesse contexto, surgiu a tese da igualdade de tratamento entre o penhor e a alienação fiduciária em garantia, concluindo aquela Corte Superior estar presente um *depósito atípico* em ambos os casos, a afastar a prisão civil. Por todos:

"*Habeas corpus*. Penhor Mercantil. Bem infungível. Prisão civil. 1. Segundo entendimento firmado na Terceira Turma, 'o cabimento de prisão civil, nos casos de penhor mercantil, deve submeter-se à mesma orientação aplicada aos casos de alienação fiduciária, por cuidarem, ambos, de depósito atípico' e que, 'considerando a Corte Especial ser ilegítima a prisão de devedor que descumpre contrato garantido por alienação fiduciária, ilegal é também a prisão decretada nos casos de penhor mercantil' (HC n.º 24.931/SP, Relator o Ministro Pádua Ribeiro, *DJ* de 12/8/03). 2. Ordem de *habeas corpus* deferida" (STJ, HC 36.104/MG, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, 3.ª Turma, j. 26.08.2004, *DJ* 08.11.2004, p. 223).

"*Habeas corpus*. Penhor mercantil. Prisão civil. I. – O cabimento de prisão civil, nos casos de penhor mercantil, deve submeter-se à mesma orientação aplicada aos casos de alienação fiduciária, por cuidarem, ambos, de depósito atípico. Precedentes. II. – Considerando a Corte Especial ser ilegítima a prisão de devedor que descumpre contrato garantido por alienação fiduciária, ilegal é também a prisão decretada nos casos de penhor mercantil. III. – Ordem de *habeas corpus* concedida" (STJ, HC 24.931/SP, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, 3.ª Turma, j. 24.06.2003, *DJ* 12.08.2003, p. 217).

É verdade que a questão era divergente naquele Tribunal, pois outras ementas admitiam a prisão do devedor na alienação fiduciária em garantia, como se verá no último capítulo desta obra. Seguindo essa trilha, admitindo a prisão no caso de penhor pecuário: "Penal. *Habeas corpus*. Prisão civil. Penhor pecuário. Depositário infiel. Descabe na via do *habeas corpus* suscitar questões atinentes ao contrato celebrado entre as partes, ao depósito, e outras decididas no Juízo Cível, com trânsito em julgado. Por outro lado, é cabível a prisão cível de depositário infiel, no caso de penhor pecuário. Ordem de *habeas corpus* denegada" (STJ, HC 5.077/SP, Rel. Min. José Arnaldo da

Fonseca, 5.ª Turma, j. 12.11.1996, *DJ* 16.12.1996, p. 50.893). Todavia, a posição de afastamento da prisão civil no penhor acabou prevalecendo no Superior Tribunal de Justiça antes do surgimento da Emenda Constitucional 45.

No Supremo Tribunal Federal, por outra via, prevalecia a tese de possibilidade da prisão civil em caso de penhor, inclusive de bens fungíveis, na contramão do posicionamento majoritário do Superior Tribunal de Justiça. Vejamos três ementas que exprimem tal forma de pensar:

> "Direito constitucional, civil, processual civil e penal. Penhor mercantil. Depósito irregular: coisa fungível. Depositário infiel. Prisão. 'Habeas corpus': cabimento contra acórdão do Superior Tribunal de Justiça em Recurso Especial cível. Alegação de constrangimento ilegal. 1. É cabível pedido de 'Habeas Corpus', contra acórdão do Superior Tribunal de Justiça, que não conhece de Recurso Especial, se na impetração se alega que dessa decisão, por má interpretação de seus pressupostos (art. 105, I, 'a' e 'c', da C.F.), resultou constrangimento ilegal a liberdade de locomoção. 2. Compete, originariamente, ao Supremo Tribunal Federal, processar e julgar tal pedido (art. 102, I, 'i', da C.F.). 3. 'Não nega vigência ao art. 1.280 do C. Civil o entendimento de que a remissão que esse dispositivo faz aos artigos 1.256 e 1.264 do mesmo Código não transforma o depósito irregular em mútuo' (*RTJ* 95/705). 4. 'Uma vez celebrado o penhor mercantil e nomeado depositário para os bens respectivos, a aceitação do encargo faz presumir a tradição dos objetos dados em garantia e a falta de sua entrega caracterizara a infidelidade do depositário, que assim fica sujeito às sanções previstas' (R.T. 476/235). 5. Mesmo em se tratando de depósito de coisa fungível, o depositário infiel pode ter sua prisão decretada. 6. Constrangimento ilegal não caracterizado. 7. 'Habeas Corpus' indeferido" (STF, HC 71.097/PR, Rel. Min. Sydney Sanches, j. 13.02.1996, 1.ª Turma, *DJ* 29.03.1996, p. 9.344, Ement. vol-01922-01, p. 165).

> "'Habeas corpus'. Ambas as Turmas desta Corte têm entendido que em caso de penhora ou de penhor sem desapossamento, há a figura do depositário que, se for infiel, poderá ver decretada contra si a prisão civil (HC 74.352, relator Ministro Sydney Sanches, e HC 73.044, relator Ministro Maurício Corrêa). Por outro lado, esta Corte, por seu Plenário e por suas Turmas, já firmou o entendimento de que o artigo 5.º, LXVII, não impede a prisão civil do depositário, ainda que legal ou necessário, que seja infiel (a título exemplificativo, HCs 72.131, 77.527 e 75.925). Improcedência das alegações de incompetência da Justiça Estadual e de falta de fundamentação da sentença e do acórdão que a confirmou. – O 'writ' não é o meio idôneo para o reexame de provas. *'Habeas corpus* indeferido'" (STF, HC 75.977/SP, Rel. Min. Moreira Alves, j. 05.05.1998, 1.ª Turma, *DJ* 03.03.2000, p. 61, *Ement.* vol-01981-03, p. 550).

> "Recurso extraordinário. Ação de depósito. Prisão Civil do depositário infiel. Penhor agrícola. Art. 5.º, LXVII, da Constituição. Esta Corte, em inúmeros acórdãos, inclusive de seu Plenário, já firmou o entendimento de que a Constituição, em seu artigo 5.º, LXVII, empregou a expressão 'depositário infiel' tanto para o caso do depósito convencional quanto para os casos de depósito legal, tanto assim que considera constitucional a prisão civil do devedor-depositário na alienação fiduciária em garantia, em que o depósito integra necessariamente a estrutura da garantia representada pela propriedade fiduciária. Note-se, ademais, que esta Primeira Turma, ao indeferir o HC 75.904, admitiu a prisão civil do proprietário-depositário na figura do penhor agrícola, que é um dos casos de penhor sem desapossamento do devedor. Recurso extraordinário conhecido e provido" (STF, RE 250.812/RS, 1.ª Turma, Rel. Min. Moreira Alves, j. 20.11.2001).

Com a Emenda Constitucional 45, de 8 de dezembro de 2004, conhecida como emenda da *Reforma do Judiciário*, a possibilidade de prisão civil do depositário acabou por ser retirada do sistema. Como é notório, foi acrescentado à Constituição Federal um § 3.º ao seu art. 5.º, com o seguinte teor: "Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais".

Pela nova ordem constitucional, os tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil é signatário equivalem às emendas constitucionais, o que, em tese, se aplicaria à Convenção Interamericana de Direitos Humanos, conhecida como Pacto de São José da Costa Rica. Como é notório, de acordo com o art. 7.º, item 7, da referida Convenção, "Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar". Em suma, não haveria mais a possibilidade de prisão do depositário infiel, mas apenas do devedor de alimentos, o que retiraria a eficácia parcial

do art. 5.º, inc. LXVII, do Texto Maior.

Todavia, como o citado Pacto de São José da Costa Rica entrou no sistema jurídico nacional antes da Emenda Constitucional 45 – por meio do Decreto 678/1992 –, o Supremo Tribunal Federal posicionou-se no sentido de não ter a Convenção Interamericana de Direitos Humanos força de emenda à Constituição, mas sim *força supralegal*. Deve ficar claro que o presente autor não se filia a tal forma de pensar, como será desenvolvido no próximo capítulo desta obra.

A tese da supralegalidade foi cristalizada pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal, no final do ano de 2008. Revendo posicionamentos anteriores, os ministros do STF entenderam ser inconstitucional a prisão do depositário no caso de alienação fiduciária em garantia, regida pelo Decreto-lei 911/1969, ou mesmo em qualquer modalidade de depósito (STF, RE 466.343/SP e HC 87.585/TO, ambos de dezembro de 2008, publicados no *Informativo* n. *531* do STF).

No voto que acabou prevalecendo, o Ministro Gilmar Mendes concluiu que “A prisão civil do depositário infiel não mais se compatibiliza com os valores supremos assegurados pelo Estado Constitucional, que não está mais voltado apenas para si mesmo, mas compartilha com as demais entidades soberanas, em contextos internacionais e supranacionais, o dever de efetiva proteção dos direitos humanos”. Prevaleceu a tese de que a vedação da prisão civil, constante do Pacto de San José da Costa Rica, está em uma posição hierárquica intermediária entre a Constituição Federal e as leis ordinárias, o que retira os fundamentos inferiores – nas leis ordinárias –, que possibilitam a prisão civil do depositário, caso do art. 652 do Código Civil de 2002. Foram ressalvados, pois vencidos, os posicionamentos dos Ministros Celso de Mello, Cezar Peluso, Ellen Gracie e Eros Grau, que entenderam que o Pacto de San José tem qualificação constitucional, conforme a tese seguida por este autor (STF, HC 87.585/TO, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 03.12.2008).

Destaque-se que o entendimento do Supremo Tribunal Federal passou a ser de não se admitir a prisão civil em qualquer modalidade de depósito, seja ele convencional, legal ou judicial, típico ou atípico, englobando o penhor.

Conforme decisão também publicada no *Informativo* n. *531* do STF, foi cancelada a Súmula 619 do próprio STF, segundo a qual “A prisão do depositário judicial pode ser decretada no próprio processo em que se constitui o encargo, independentemente da propositura da ação de depósito”. Já sob a égide dessa nova forma de pensar, o Excelso Pretório afastou a prisão em caso de penhor, em ementa assim publicada: “Prisão civil. Penhor rural. Cédula rural pignoratícia. Bens. Garantia. Impropriedade. Ante o ordenamento jurídico pátrio, a prisão civil somente subsiste no caso de descumprimento inescusável de obrigação alimentícia, e não no de depositário considerada a cédula rural pignoratícia” (STF, HC 92.566/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 03.12.2008, Tribunal Pleno, *DJe-104*, Divulg. 04.06.2009, Public. 05.06.2009, *Ement*. vol-02363-03, p. 45).

Arrematando a questão, frise-se, foi editada pelo Excelso Pretório, em 16 de dezembro de 2009, a Súmula Vinculante 25, com o seguinte teor: “É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito”. Fez o mesmo o Superior Tribunal de Justiça com a sua Súmula 419, *in verbis*: “Descabe a prisão civil do depositário judicial infiel” (3 de março de 2010). Em suma, como se retomará no próximo e último capítulo deste livro, não se admite a prisão do depositário, inclusive nos casos de garantias legais, em que o devedor é equiparado a este.

Voltando ao tratamento do penhor convencional especial rural no Código Civil de 2002,

estabelecia o *caput* do seu art. 1.439 que as suas modalidades teriam prazos máximos, sob pena de eficácia do que excedesse o limite legal. O prazo máximo do penhor agrícola era fixado em três anos e o do penhor pecuário, em quatro anos. O mesmo comando determinava a possibilidade de prorrogação, uma só vez, até o limite de igual tempo.

Anote-se que a Lei 492/1967 estabelecia prazo máximo de dois anos para o penhor agrícola e três anos para o penhor pecuário. Essas estipulações já haviam sido revogadas pelo Decreto-lei 167/1967, que fixou o prazo máximo de três anos prorrogáveis por mais três para o penhor agrícola; e de cinco anos prorrogáveis por mais três para o penhor pecuário. O Código Civil revogou os limites constantes da última norma, conforme esclarece a doutrina que participou ativamente do processo de elaboração da atual codificação privada (ALVES, Jones Figueirêdo; DELGADO, Mário Luiz. *Código*..., 2005, p. 727).

Pois bem, em junho de 2013, o *caput* do art. 1.439 foi alterado por meio da Medida Provisória 619, convertida na Lei 12.873/2013, passando a enunciar que "O penhor agrícola e o penhor pecuário não podem ser convencionados por prazos superiores aos das obrigações garantidas". Como se nota, não há mais a menção objetiva temporal ao prazo máximo do penhor rural, o que quebra uma antiga tradição do Direito Civil. Com a modificação, aplica-se o *princípio da gravitação jurídica*, pois o prazo da garantia real, que tem natureza real, acompanha o lapso temporal da obrigação principal.

Conforme consta da exposição de motivos da Medida Provisória, o penhor agrícola é amplamente utilizado no Brasil em operações de crédito rural como forma de garantia de dívidas contraídas para o financiamento das atividades agrícola e pecuária. E mais, na literalidade da motivação da MP:

> "Dessa forma, a fim de obter recursos para o desenvolvimento da atividade rural, empenham-se determinados bens, sem a consequente subtração do patrimônio do devedor que fica como seu depositário. Dentre as características do penhor rural, verifica-se que a sua atual limitação temporal é incompatível com a recente evolução do prazo médio das concessões de crédito rural – custeio, investimento e comercialização – às pessoas físicas. Nos últimos seis meses o prazo médio dessas concessões aumentou vinte e cinco por cento e ficou, em média, em trinta e nove meses. Essa evolução é ainda maior quando consideradas apenas as concessões de crédito rural para investimento. Nesses casos, e diante das limitações de prazos de penhor, exige-se do devedor a apresentação de garantias adicionais para a obtenção do crédito, notadamente na modalidade hipotecária ou por meio da alienação fiduciária, o que torna a formalização do crédito rural ainda mais onerosa. Outro indício sobre os efeitos dessa limitação temporal do penhor consiste nas ações de instituições financeiras nas concessões de crédito. Essas exigem, já na emissão da Cédula de Crédito Rural – CCR – pelo produtor rural, os prazos máximos autorizados – 6 (seis) anos, para atividade agrícola e 8 (oito) anos para atividade pecuária –, por meio da menção de prorrogação automática do penhor. Contudo, essa exigência não está em conformidade com a jurisprudência brasileira que indica que a prorrogação não é automática e deve ser averbada nos registros correspondentes, mediante a apresentação de aditivo mencionado no Código Civil. A continuidade dessa exigência, sem respaldo legal, amplia o risco jurídico dessas operações e deteriora a credibilidade das CCR, importante instrumento de garantia ao crédito rural".

Diante desses e de outros motivos, sobretudo de ordem funcional e econômica, é que houve a revogação dos limites temporais que estavam tratados pela codificação para o penhor rural. O tempo dirá quais foram as consequências da modificação. Se houver um incremento nas concessões de crédito para as atividades agrárias, a inovação veio em boa hora. Porém, se apenas houver um aumento do já considerável endividamento dos produtores rurais brasileiros, a proposta não terá atingido suas finalidades.

Os parágrafos do art. 1.439 do CC/2002 traziam regulamentações complementares a respeito dos prazos do penhor rural. Nos termos do seu § 1.º, embora vencidos os prazos, permaneceria a garantia, enquanto subsistissem os bens que a constituíssem. A norma parece estar prejudicada com a

alteração do *caput* pela MP e deveria ter sido revogada, o que, infelizmente, não ocorreu e pode causar confusões. Como não há mais qualquer previsão a respeito da prorrogação do prazo, o dispositivo ficou sem sentido fático e jurídico.

O mesmo pode ser dito quanto ao § 2.º do art. 1.439, segundo o qual a prorrogação deveria ser averbada à margem do registro respectivo, mediante requerimento do credor e do devedor. Ora, não há que se falar em averbação da prorrogação, pois esta não está mais prevista, uma vez que o prazo do penhor rural passou a ser o mesmo da obrigação principal.

O art. 1.440 da atual codificação privada consagra a possibilidade de o penhor rural recair sobre prédio hipotecado sem qualquer anuência. A norma traz inovação importante frente à codificação anterior, pois, de acordo com o art. 783 do CC/1916, se o prédio estivesse hipotecado, não se poderia, sob pena de nulidade da garantia, constituir penhor agrícola sobre o mesmo bem, sem anuência do credor hipotecário. Essa anuência era dada no próprio instrumento de constituição do penhor. Alerte-se que a inovação não é total, uma vez que o art. 4.º, *caput*, da Lei 492/1937 já prenunciava que "Independe o penhor rural do consentimento do credor hipotecário, mas não lhe prejudica o direito de prelação, nem restringe a extensão da hipoteca, ao ser executada".

Consigne-se, entretanto, que, pela mesma norma privada vigente, apesar de ser possível o penhor rural sobre imóvel hipotecado, não haverá qualquer prejuízo ao credor hipotecário quanto ao seu direito de preferência. Ademais, não há também qualquer restrição quanto à extensão da hipoteca, ao ser executada. Em resumo, a hipoteca não pode ser prejudicada se o penhor rural é instituído, havendo uma *sobreposição de garantias*, o que está na linha da eticidade apregoada pela atual codificação privada. A título de exemplo, imagine-se que uma fazenda está hipotecada. Não há qualquer óbice em se empenhar as plantações nela encontradas. Em caso de execução, primeiro terá preferência o credor hipotecário da fazenda, sem qualquer restrição. Depois, executa-se o penhor agrícola que recai sobre as plantações.

Além da possibilidade de se empenhar bem hipotecado, é viável o estabelecimento de novo penhor rural sobre bem já apenado. Trata-se da instituição do *subpenhor rural*, como bem apontado por Marco Aurélio Bezerra de Melo (*Direito*..., 2007, p. 406-407). Não deixa dúvidas o § 1.º do art. 4.º da antiga Lei 492/1937, *in verbis*: "Pode o devedor, independentemente de consentimento do credor, constituir novo penhor rural se o valor dos bens ou dos animais exceder ao da dívida anterior, ressalvada para esta a prioridade de pagamento". Paga uma das dívidas, subsiste a garantia para a outra, em sua totalidade.

Por fim, quanto às regras gerais do *penhor convencional especial rural*, tem o credor direito a verificar o estado das coisas empenhadas, inspecionando-as onde se acharem, por si ou por pessoa que credenciar (art. 1.441 do CC/2002). Esse *direito de inspeção ou de vistoria* decorre do fato de estarem os bens com o devedor, na condição de depositário. Obviamente, deve ser exercido nos limites da boa-fé e da função social, sem qualquer abuso, servindo como parâmetro a regra do art. 187 da atual codificação privada. A norma não deixa a menor dúvida quanto à possibilidade de o credor instituir um mandatário, para que atue em seu nome e faça a citada vistoria.

8.2.3.2.2 Do penhor agrícola

Como subespécie de penhor rural, o penhor agrícola é aquele que tem por objeto os seguintes

bens, descritos no art. 1.442 do CC/2002: *a)* máquinas e instrumentos de agricultura; *b)* colheitas pendentes, ou em via de formação; *c)* frutos acondicionados ou armazenados; *d)* lenha cortada e carvão vegetal; *e)* animais do serviço ordinário de estabelecimento agrícola.

Nota-se que os bens acima são imóveis, seja por acessão física industrial, seja por acessão física intelectual. Quanto ao último conceito, percebe-se a sua permanência pelo estudo do dispositivo acima, não tendo razão o Enunciado n. 11, da *I Jornada de Direito Civil*, segundo o qual a categoria dos bens imóveis por acessão intelectual não persiste mais no sistema jurídico brasileiro. Repise-se que o tema está aprofundado no Volume 1 da presente coleção.

Conforme se extrai da doutrina de Gustavo Tepedino, Maria Celina Bodin de Moraes e Heloísa Helena Barboza, o rol a respeito dos bens que podem ser objeto de penhor agrícola é meramente exemplificativo (*numerus apertus*), uma vez que é admitida a citada garantia qualquer bem ligado à produção correspondente (*Código*..., 2011, v. III, p. 886). Ressaltam ainda os juristas que os animais mencionados pela lei são aqueles utilizados na atividade agrícola, não se confundindo tal objeto com o do penhor pecuário, em que os animais são destinados para a atividade pastoril ou de produção de laticínios.

Nos termos do art. 1.443 da codificação civil em estudo, é possível que o penhor agrícola assuma a face de *negócio jurídico aleatório*, relacionada a sua causa ao fator risco. Isso porque o comando admite que o penhor em questão recaia sobre colheita pendente, ou em via de formação.

Em casos tais, caso a colheita inicialmente prevista como objeto da garantia seja frustrada ou insuficiente, o penhor abrange a imediatamente seguinte. A hipótese é de *sub-rogação real*, de substituição de uma coisa por outra, por determinação legal. Cumpre anotar que, com razão, entendeu a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça que não há qualquer óbice, mesmo que por cláusula contratual, para a substituição da garantia, por falta de impedimento legal na legislação a respeito do penhor agrícola (STJ, REsp 662.712/RS, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, 3.ª Turma, j. 20.03.2007, *DJ* 11.06.2007, p. 302).

Conforme consta das edições anteriores da presente obra, este autor entende pela possibilidade de se aplicar o § 1.º do art. 7.º da Lei 492/1937 no caso de perda da safra objeto do penhor agrícola. Isso porque não há incompatibilidade entre a norma específica e o Código Civil de 2002. Mais do que isso, o preceito específico complementa o tratamento constante da norma geral. Conforme tal dispositivo especial, "Sendo objeto do penhor agrícola a colheita pendente ou em via de formação, abrange ele a colheita imediatamente seguinte no caso de frustrar-se ou ser insuficiente a dada em garantia. Quando, porém, não quiser ou não puder o credor, notificado com 15 dias de antecedência, financiar a nova safra, fica o devedor com o direito de estabelecer com terceiro novo penhor, em quantia máxima equivalente ao primitivo contrato, considerando-se, qualquer excesso apurado na colheita, apenhado à liquidação da dívida anterior". As menções à notificação e ao prazo de 15 dias devem ser consideradas para os procedimentos cabíveis.

Verifica-se que a norma específica está em sintonia com o parágrafo único do art. 1.443 do Código Civil, pelo qual se o credor não financiar a nova safra, poderá o devedor constituir com outrem novo penhor, em quantia máxima equivalente à do primeiro. Esse *segundo penhor* terá preferência sobre o primeiro, abrangendo o segundo apenas o excesso apurado na colheita seguinte.

O procedimento relativo ao dispositivo é bem exposto por Marco Aurélio S. Viana, que utiliza a

Lei 492/1937 como parâmetro de conclusão. Pela ordem, cabe ao credor a primeira manifestação a respeito de sua disposição sobre um novo financiamento. No silêncio do credor, o devedor deve notificá-lo para tal fim. Se o credor não se manifestar no prazo de 15 dias, abre-se a possibilidade para novo financiamento, garantido pelo segundo penhor, celebrado com terceiro (*Comentários*..., 2003, v. XVI, p. 748).

Em complemento, nos termos do § 2.º do mesmo art. 7.º da Lei 492/1937, não chegando o devedor e o terceiro a ajustar o segundo penhor, assiste ao credor o direito de, exibindo a prova do tanto quanto a colheita se lhe consignou, ou se apurou, ou de ter-se frustrado no todo ou em parte, requerer ao juiz competente da situação da propriedade agrícola que faça expedir mandado para a averbação de extensão do penhor à colheita imediata.

Conforme outrora sustentado, a averbação a respeito da colheita imediata não é fundamental para a ciência dos terceiros, pois, na hipótese de financiamento de safra, caberá ao credor se certificar sobre a frustração ou não da safra anterior. Se isso ocorrer, a *sub-rogação real legal* na nova safra será automática (TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito civil*..., 2005, v. 4, p. 448).

A encerrar o estudo do penhor agrícola, insta trazer à tona julgado do Superior Tribunal de Justiça, em que o devedor pretendeu substituir a safra contratada por uma safra futura, alegando onerosidade excessiva no pactuado de transferência do encargo ao subproduto da safra original. Conforme consta da ementa da decisão, "se o próprio contrato de penhor agrícola prevê a transferência do encargo ao subproduto da safra, não se pode argumentar com a impossibilidade dessa transferência. Se há onerosidade excessiva nessa operação, o devedor deve se valer dos mecanismos previstos em Lei para substituição da garantia. Transferir o penhor sobre uma safra para safras futuras pode se revelar providência inócua, gerando um efeito cascata, notadamente se tais safras futuras forem objeto de garantias autônomas, advindas de outras dívidas: a safra que garante uma dívida, nessa hipótese, poderia ser vendida livremente pelo devedor (como se sobre ela não pesasse qualquer ônus), fazendo com que a safra futura garanta duas dívidas, e assim sucessivamente, esvaziando as garantias. Recurso Especial conhecido e improvido" (STJ, REsp 1.278.247/SP, 3.ª Turma, Rel.ª Min.ª Nancy Andrighi, j. 20.09.2012, *DJE* 12.11.2012).

8.2.3.2.3 Do penhor pecuário

O penhor pecuário, segunda modalidade de penhor rural, tem por objeto os animais que integram a atividade pastoril ou de lacticínios, que igualmente podem ser tidos como imóveis por acessão intelectual (art. 1.444 do CC). Conforme outrora foi exposto, na linha da melhor doutrina, se os animais forem utilizados na atividade agrícola, o penhor será agrícola, e não pecuário. Assim sendo, a expressão *atividade agrícola* constante do dispositivo deve ser desconsiderada, sob pena de retirar do sistema a possibilidade de penhor antes estudada. Os animais podem ser bois, porcos, cavalos, mulas, jumentos, ovelhas, carneiros, cabras, entre outros, desde que preenchidas as finalidades previstas em lei.

O art. 10, parágrafo único, da Lei 492/1937, ainda em vigor, estabelece que deve a escritura que constitui o penhor pecuário, sob pena de nulidade, designar os animais com a maior precisão. Deve, ainda, indicar o lugar onde se encontrem e o destino que têm, mencionando de cada um a espécie, denominação comum ou científica, raça, grau de mestiçagem, marca, sinal, nome, se tiver todos os

característicos por que se identifique. Em suma, deve ocorrer a perfeita especialização dos animais objeto de garantia. Conjugando a norma com o art. 1.424 do CC, é forçoso concluir que a falta dos requisitos descritos não é causa de nulidade da escritura, mas de mera ineficácia.

Como decorrência lógica de sua instituição, o devedor pignoratício não poderá alienar os animais empenhados sem prévio consentimento, por escrito, do credor pignoratício (art. 1.445, *caput*, do CC/2002 e art. 12 da Lei 492/1937). Em suma, consagra-se a *inalienabilidade legal* dos animais que garantem a dívida, como regra, salvo se houver autorização do credor. Isso decorre da condição de depositário imposta ao devedor.

Conforme pontua Francisco Eduardo Loureiro, "embora haja controvérsia na doutrina, a alienação dos animais sem tal consentimento é nula e não produz efeito frente ao credor, que pode promover sua excussão, ainda que se encontrem em poder de terceiros" (*Código*..., 2010, p. 1.546). Tem razão o jurista, podendo a nulidade ser enquadrada na ilicitude do objeto ou na fraude à lei imperativa, diante da venda de bem inalienável por força de lei (art. 166, incs. II e VI, do CC). Pode-se falar, ainda, em nulidade virtual, pois a lei proíbe a prática do ato sem cominar sanção (art. 166, inc. VII, segunda parte, do CC).

Se o devedor pretende alienar o gado empenhado ou, por negligência, ameace prejudicar o credor, poderá este requerer que se depositem os animais sob a guarda de terceiro, ou exigir que se lhe pague a dívida de imediato (art. 1.445, parágrafo único, do CC). Como bem pondera Marco Aurélio S. Viana, a lei dá dois caminhos ao credor, cabendo a ele eleger qual o mais adequado aos seus interesses: "Feito o pedido, deverá provar as alegações, na forma prevista na legislação processual" (*Comentários*..., 2003, v. XVI, p. 751).

Por derradeiro, os animais da mesma espécie, comprados para substituir os mortos, ficam sub-rogados no penhor, mais uma hipótese de *sub-rogação real legal* (art. 1.446 do CC). Presume-se de forma relativa tal substituição, mas não terá eficácia contra terceiros se não constar de menção adicional ao respectivo contrato, a qual deverá ser averbada. Como deixa claro a norma, a falta da averbação não atinge a validade e eficácia *inter partes* da substituição, mas apenas os seus efeitos perante terceiros.

8.2.3.3 Do penhor convencional especial industrial e mercantil

Após tratar do penhor rural, o Código Civil de 2002 consagra regras a respeito do penhor industrial e mercantil, também modalidades de penhor convencional especial. Mais uma vez, o devedor permanece com a posse direta sobre os bens garantidos. Quando da celebração do negócio, o credor recebe apenas a posse indireta, por meio de tradição ficta.

Ambos têm por conteúdo máquinas, aparelhos, materiais e instrumentos instalados e em funcionamento, com ou sem acessórios (art. 1.447, *caput*, do CC). Ainda podem ter como objeto animais utilizados na indústria, sal e bens destinados à exploração das salinas, produtos de suinocultura, animais destinados à industrialização de carnes e derivados, matérias-primas e produtos industrializados. Como se percebe, mais uma vez, o seu objeto são bens imóveis por acessão intelectual, ou seja, bens móveis incorporados a imóveis.

O rol dos bens descritos, mais uma vez, é exemplificativo ou *numerus apertus*. O art. 20 do

Decreto-lei 413/1969 – outra norma que tem origem no período da ditadura militar e que trata da cédula de penhor mercantil – elenca outros tantos bens que podem ser objeto da citada garantia. A título de exemplo, podem ser citados: *a)* matérias-primas, produtos industrializados e materiais empregados no processo produtivo, inclusive embalagens; *b)* veículos automotores e equipamentos para execução de terraplanagem, pavimentação, extração de minério e construção civil; *c)* dragas e implementos destinados à limpeza e à desobstrução de rios, portos e canais; e *d)* toda construção utilizada como meio de transporte por água, caso dos aquedutos.

Quanto às diferenças entre as duas categorias tratadas em conjunto, segundo Maria Helena Diniz, o penhor mercantil "distingue-se do industrial apenas pela natureza da obrigação que visa garantir: a contraída por comerciante, ou empresário, no exercício de sua atividade econômica" (*Código*..., 2010, p. 1008). Para Gustavo Tepedino, Maria Celina Bodin de Moraes e Heloísa Helena Barboza, não haveria diferença entre os institutos, pois em ambos estar-se-á garantindo uma dívida relacionada a uma atividade mercantil ou empresarial (*Código*..., 2011, v. III, p. 891).

Conforme consta das edições anteriores desta obra, o presente autor continua seguindo o entendimento segundo o qual o que interessa para a configuração de uma ou outra categoria é a obrigação que está sendo garantida. Por essa forma de pensar, se a garantia estiver sendo prestada em relação a uma atividade industrial, o nome do penhor será industrial. Se, por outro lado, se tratar de atividade comercial ou empresarial, o penhor será mercantil. Como as regras são as mesmas, a utilização de um ou outro nome por engano não tem o condão de tornar a garantia inválida ou ineficaz (TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito civil*..., 2013, v. 4, p. 452).

Em havendo depósito de bens empenhados em armazéns gerais, a situação passa a ser regulamentada pelas disposições relativas aos tais armazéns, conforme se retira do art. 1.447, parágrafo único, do CC/2002. Subsume-se, nesse contexto, o antigo e remoto Decreto 1.102/1903. Nos termos dessa última norma, são emitidos dois títulos de crédito pelos armazéns gerais, o conhecimento de depósito e o *warrant*, assuntos que interessam ao Direito Empresarial. Além da última lei, consigne-se que outras normas tratam do penhor industrial e mercantil, caso do Decreto-lei 1.697/1939 (relativo a produtos destinados a suinocultura), do Decreto-lei 3.168/1941 (penhor de sal e bens relativos à instalação de salinas) e do Decreto-lei 4.312/1942 (penhor de animais destinados à industrialização de carnes).

O penhor industrial ou o mercantil é constituído mediante instrumento público ou particular, registrado no Cartório de Registro de Imóveis da circunscrição onde estiverem situadas as coisas empenhadas (art. 1.448, *caput*, do CC). Trata-se, assim, de um ato jurídico formal e não solene, diante da exigência da forma escrita e não da escritura pública.

Em havendo promessa de pagamento em dinheiro da dívida, que garante com penhor industrial ou mercantil, o devedor poderá emitir, em favor do credor, cédula do respectivo crédito, na forma e para os fins que a lei especial determinar (art. 1.448, parágrafo único, do CC). Trata-se de *cédula de crédito de penhor industrial*, tratada pelo outrora citado Decreto-lei 413/1969. Conforme o seu art. 1.º, "o financiamento concedido por instituições financeiras a pessoa física ou jurídica que se dedique à atividade industrial poderá efetuar-se por meio da cédula de crédito industrial". O emitente da cédula fica obrigado a aplicar o financiamento nos fins ajustados, devendo comprovar essa aplicação no prazo e na forma exigidos pela instituição financiadora (art. 2.º). A aplicação do financiamento será ajustada por orçamento, assinado, em duas vias, pelo emitente e pelo credor,

deste orçamento devendo constar expressamente qualquer alteração que convencionarem (art. 3.º).

O devedor não pode, sem o consentimento por escrito do credor, alterar as coisas empenhadas ou mudar-lhes a situação, nem delas dispor, o que decorre da sua situação de depositário (art. 1.449 do CC). Como se nota, o bem em penhor industrial ou mercantil é considerado inalienável, sendo a sua venda, sem autorização do credor, nula de pleno direito. Para tal conclusão podem ser utilizados os argumentos da ilicitude do objeto, da fraude à lei imperativa e a nulidade virtual (art. 166, incs. II, VI e VII, do CC).

Eventualmente, o devedor que, anuindo o credor, alienar as coisas empenhadas, deverá repor outros bens da mesma natureza, que ficarão sub-rogados no penhor, com o fim de manter a garantia. Mais uma vez, nota-se hipótese de *sub-rogação real legal*, de substituição de uma coisa por outra. Não havendo tal reposição, a garantia é considerada insuficiente, o que gera o vencimento antecipado da obrigação principal. Aplicando a norma correspondente da codificação anterior, o Superior Tribunal de Justiça entendeu que “dados em garantia bens consumíveis e destinados à venda, há de se entender que o devedor estava autorizado a isso, mas a sua alienação não extingue a garantia, que se transfere para outros da mesma natureza e destinação, existentes no momento da penhora. Porém, não se admite a extensão para bens de outra natureza, tais como os móveis que guarnecem o escritório da devedora” (STJ, REsp 230.997/SP, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, 4.ª Turma, j. 23.11.1999, *DJ* 17.12.1999, p. 382).

Vale pontuar a anotação de Jones Figueirêdo Alves e Mário Delgado, que confrontam o art. 1.449 do CC/2002 com o art. 3.º do Decreto-lei 1.271/1939. Esse último comando estabelecia que o devedor não poderia dispor, alterar ou mudar a situação das coisas empenhadas ainda que no mesmo estabelecimento onde se acharem, sem consentimento por escrito do credor. De acordo com os doutrinadores, “o art. 3.º do Dec.-lei 1.271/1939 era mais rigoroso, pois não permitia a mudança de lugar da coisa empenhada, ainda que dentro do mesmo estabelecimento, o que se afigurava exagerado. O novo Código, em repetindo parcialmente aquele dispositivo da lei especial, não se refere mais à mudança de lugar da coisa dentro do mesmo estabelecimento, o que faz presumir a conduta. Mesmo porque, mudar uma coisa de um lugar para outro, dentro do mesmo prédio, não representa mudança de situação, nem muito menos configura ato de disposição” (*Código*..., 2005, p. 731).

Em relação à condição de depositário assumida pelo devedor pignoratício no penhor industrial ou mercantil, volta à tona a possibilidade de sua prisão civil. Mais uma vez, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça já se posicionava quanto à impossibilidade dessa prisão, pelos argumentos antes expostos, quando do estudo do penhor rural (por todos: STJ, RHC 22.260/ RJ, Rel. Min. Ari Pargendler, 3.ª Turma, j. 13.11.2007, *DJ* 01.02.2008, p. 1; REsp 701.948/SC, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, 3.ª Turma, j. 22.03.2007, *DJ* 25.06.2007, p. 234 e RHC 17.525/PE, Rel. Min. Castro Filho, 3.ª Turma, j. 15.12.2005, *DJ* 01.02.2006, p. 520).

Nos julgados anteriores do Supremo Tribunal Federal, admitia-se a prisão civil no penhor mercantil, servindo para ilustrar: “Direito constitucional, civil e processual civil. Prisão civil. Depositário infiel. Penhor mercantil. ‘Habeas corpus’. 1. É admissível a prisão civil de depositário infiel, em caso de penhor mercantil. 2. ‘Habeas corpus’ indeferido” (STF, HC 80.587/ SP, 1.ª Turma, Rel. Min. Sydney Sanches, j. 13.02.2001).

Todavia, conforme antes exposto, com a emergência da Emenda Constitucional 45/2005, a questão

se estabilizou, não sendo possível a prisão civil em qualquer hipótese de inadimplemento obrigacional, o que engloba tanto o depósito típico quanto o atípico, relacionado ao penhor industrial ou mercantil (Súmula Vinculante 25 do STF).

Por fim, a respeito do presente tópico, mais uma vez, por questão de boa-fé e de integridade da garantia, tem o credor direito a verificar o estado das coisas empenhadas, inspecionando-as onde se acharem, por si ou por pessoa que credenciar (art. 1.450 do CC). Repete-se a regra relativa ao penhor rural (art. 1.441), existindo igualmente um *direito de vistoria ou inspeção* por parte do credor pignoratício em relação aos bens que são objeto da garantia.

8.2.3.4 Do penhor convencional especial de direitos e títulos de crédito

Seguindo nas modalidades especiais de penhor convencional, a atual codificação privada trata do penhor sobre direitos e do penhor de títulos de crédito. No Código Civil de 1916 havia apenas regulamentação expressa sobre a caução de títulos de crédito, que era equiparada ao penhor (arts. 789 a 795). De qualquer maneira, já se entedia que tal tratamento anterior englobava o penhor de direitos (TEPEDINO, Gustavo; MORAES, Maria Celina Bodin de; BARBOZA, Heloísa Helena. *Código*..., 2011, v. III, p. 894).

Conforme o art. 1.451 do CC/2002, podem ser objeto de penhor direitos, suscetíveis de cessão, sobre coisas móveis. Conforme os comentários de Marco Aurélio S. Viana, "o penhor pode incidir em direitos. O ônus pignoratício grava bens incorpóreos. No estudo do tema, no direito anterior, observava Orlando Gomes, que se tinha a aplicação prática do princípio de que há direitos sobre direitos (*Direitos Reais*, cit., v. 2, p. 487). O objeto são direitos em si. Mas não todo e qualquer direito. O penhor de direitos envolve apenas aqueles que indicam sobre coisas móveis (arts. 82 a 84 do CC), e que sejam suscetíveis de cessão" (*Comentários*..., 2003, v. XVI, p. 757).

Abre-se a possibilidade de penhor sobre direitos imateriais, caso de direitos de autor. Com o devido respeito, ao presente autor parece que a solução com tal grau de generalidade não foi feliz. Isso porque os direitos reais, caso da propriedade, devem recair somente sobre bens corpóreos, conforme desenvolvido no Capítulo 3 desta obra. Admitir-se o penhor sobre direitos autorais, direitos da personalidade na essência, representa uma *coisificação da pessoa humana*, inadmissível pelo Direito Privado Contemporâneo. Vale a advertência formulada por Marco Aurélio Bezerra de Melo, para quem não podem ser objeto dessa modalidade de penhor os créditos trabalhistas e de alimentos, por serem impenhoráveis (*Direito*..., 2007, p. 412).

Na prática, tem-se admitido a categoria do penhor sobre direitos relativos a vendas realizadas com cartões de crédito. Ilustrando, da jurisprudência paulista: "Apelação embargos de terceiro. Contrato de penhor. Garantia que incide sobre direitos de crédito relativos a vendas realizadas com a utilização de cartões de crédito. Possibilidade. Art. 1.451 do Código Civil. Contrato lícito, válido e formalmente constituído. Credor pignoratício que prefere à exequente, nos termos do art. 1.422 desse Código. Ordem de desbloqueio dos valores, limitados à dívida contratada e desde que oriundos de operações com referidos cartões. Sentença modificada. Sucumbência invertida. Recurso provido, com observação" (TJSP, Apelação 9174563-10.2006.8.26.0000, Acórdão 5481438, São Paulo, 15.ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Vicentini Barroso, j. 18.10.2011, *DJESP* 24.10.2011). Cabe ressaltar que, nos casos como o descrito, é possível debater judicialmente a abusividade do negócio

principal, diante da clara presença de um contrato de consumo.

O penhor de direito é constituído mediante instrumento público ou particular, devidamente registrado no Registro de Títulos e Documentos, o que visa à sua especialização e eficácia perante terceiros (art. 1.452 do CC/2002). Como não há entrega da coisa, o registro tem natureza constitutiva pura, ao contrário do que ocorre no penhor convencional comum. Nesse trilhar, outro julgado do Tribunal Paulista, de relatoria do Desembargador Francisco Eduardo Loureiro, destacado doutrinador da matéria, realçando bem esse caráter constitutivo (TJSP, Agravo de Instrumento 0032374-55.2012.8.26.0000, Acórdão 6617059, Sertãozinho, 1.ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Rel. Des. Francisco Loureiro, j. 26.03.2013, *DJESP* 23.04.2013). Também em seus comentários ao preceito citado, o jurista destaca tal característica do registro (LOUREIRO, Francisco Eduardo. *Código*..., 2010, p. 1.553-1.554).

Diante da transparência e da boa-fé que se exige da garantia real, estabelece o parágrafo da última norma que o titular de direito empenhado deverá entregar ao credor pignoratício os documentos comprobatórios do crédito. Excepcionalmente, o devedor pode reter tais documentos se tiver interesse legítimo em conservá-los, o que deve ser analisado caso a caso. Assim, pode eventualmente o título não ser entregue ao credor, o que quebra com o caráter ordinário ou comum do penhor.

Diante da similaridade que o instituto apresenta com a cessão de crédito, a modalidade especial de garantia em estudo não tem eficácia senão quando notificado ao devedor (art. 1.453, *caput*, do CC/2002). Nota-se que a falta de notificação não gera a invalidade do penhor, repercutindo apenas na eficácia perante o devedor. Concretizando esse preceito, julgou o Tribunal Mineiro que responde por indenização por ato ilícito o banco endossatário que, ao receber duplicata sem aceite, a título de penhor de crédito, não observa a formalidade da notificação do devedor e deixa de cientificar sobre a operação, vindo a promover o protesto da cambial, cuja obrigação já fora paga ao sacador-endossante (TJMG, Apelação Cível 1.0079.05.190642-2/0011, Contagem, 18.ª Câmara Cível, Rel. Des. Guilherme Luciano Baeta Nunes, j. 23.09.2008, *DJEMG* 07.10.2008).

Assim, como faz o art. 290 do Código Civil quanto à cessão de crédito, dispõe o parágrafo único do art. 1.453 da própria lei geral privada que por notificado tem-se o devedor que, em instrumento público ou particular, declarar-se ciente da existência do penhor. E, em havendo tal declaração, não cabe manifestação em sentido contrário, o que é aplicação da máxima que veda o comportamento contraditório (*venire contra factum proprium non potest*).

O credor pignoratício deve praticar os atos necessários à conservação e defesa do direito empenhado e cobrar os juros e mais prestações acessórias compreendidas na garantia (art. 1.454 do CC/2002). Conforme leciona e ilustra Sílvio de Salvo Venosa, tal dever decorre do fato de o credor pignoratício assumir "a mesma posição do titular do direito, devendo zelar por este como se fosse seu. Afora responsabilizar-se pela integralidade da cártula em si, ou outro documento, incumbe-lhe, por exemplo, interromper a prescrição ou efetuar o protesto, se isso for necessário" (*Código*..., 2010, p. 1314). Além da cobrança dos juros, mencione-se a cobrança de multas e outras garantias acessórias que eventualmente recaiam sobre a obrigação principal.

Como decorrência natural dessa sua posição, deverá o credor pignoratício cobrar o crédito empenhado, assim que se torne exigível (art. 1.455 do CC). Estabelece a mesma norma que, se o crédito consistir em prestação pecuniária, em dinheiro, depositará a importância recebida, de acordo com o que for estabelecido pelo devedor pignoratício ou onde o juiz determinar. Se o crédito

consistir na entrega da coisa, nesta se sub-rogará o penhor, outra hipótese de *sub-rogação real legal*.

Conforme o parágrafo único do art. 1.455, em se tratando de obrigação pecuniária e estando vencido o crédito, tem o credor pignoratício direito de retenção quanto à quantia recebida, a fim de cobrir o que lhe for devido. O restante será devolvido ao devedor, se for o caso. A norma parece representar exceção à proibição do pacto comissório real, pois se dispensa a execução judicial do bem. Porém, se o caso for de entrega de coisa, vencida a obrigação, somente caberá excussão judicial pelo credor, visando receber o que é devido.

Se o mesmo crédito for objeto de vários penhores, só ao credor pignoratício, cujo direito prefira aos demais, o devedor deve pagar. Como bem observa Francisco Eduardo Loureiro, deve-se observar a ordem cronológica dos ingressos no Cartório de Registro de Títulos e Documentos "ou nos registros especiais, em casos de cotas, ações e propriedade industrial, como Juntas Comerciais, Registros Civil de Pessoas Jurídicas, INPI ou livros de registros de ações de sociedades anônimas. Isso porque, como acima visto, na impossibilidade de transferência da posse dos bens corpóreos empenhados, o registro tem natureza constitutiva, convertendo mero direito de crédito em direito real" (*Código*..., 2010, p. 1.558).

Estabelece o mesmo comando Civil que responde por perdas e danos aos demais credores o credor preferente que, notificado por qualquer um deles, não promover oportunamente a cobrança. Constata-se hipótese de culpa presumida decorrente da notificação não atendida. Obviamente, as perdas e danos necessitam ser provados pelo credor prejudicado, abrangendo não só danos patrimoniais, como também extrapatrimoniais.

Encerrando o tratamento do penhor de direitos, preceitua o art. 1.457 do CC/2002 que o titular do crédito empenhado, o devedor da garantia, só pode receber o pagamento com a anuência, por escrito, do credor pignoratício, caso em que o penhor se extinguirá. O Projeto de Lei Ricardo Fiúza (PL 699/2011) pretende introduzir, ao final do dispositivo, a expressão "salvo disposição contratual em contrário". Conforme as justificativas da proposição, "é prática comum no mercado de crédito que o titular do crédito empenhado continue fazendo a cobrança do mesmo junto ao devedor originário. Daí a necessidade da presente alteração". Se o devedor do crédito pagar ao seu credor originário, sem anuência do credor do penhor, pagará mal. Em suma, sendo ineficaz o seu pagamento, deverá pagar novamente ao credor pignoratício (LOUREIRO, Francisco. *Código*..., 2010, p. 4.558; VENOSA, Sílvio de Salvo. *Código*..., 2010, p. 1.315).

Partindo para o penhor sobre títulos de crédito, explica Nestor Duarte, em sua tese de livre-docência defendida na Universidade de São Paulo, que "É possível a garantia com coisas móveis, mediante penhor da generalidade dos bens daquela classificação. Quando se trata de título de crédito, o regime comum do penhor sofre derrogações para adaptar-se às peculiaridades do objeto dado em garantia, a começar pelo fato de que, embora corpóreo, o título de crédito entra na conta das coisas representativas. Sobreleva, entre as derrogações, porém, a faculdade que o credor pignoratício tem de receber seu crédito do devedor ou responsável constantes do título, ou seja, o *jus exigendi*" (DUARTE, Nestor. *Penhor*..., 2012, p. 110).

Quanto à sua constituição, expressa o art. 1.458 do CC/2002 que esta se dá mediante instrumento público ou particular ou *endosso pignoratício*, com a tradição do título ao credor. Esclareça-se que essa é a única modalidade de penhor especial em que o objeto da garantia é entregue ao credor. O mesmo comando estabelece a aplicação das regras relativas à teoria geral dos direitos reais de

garantia (arts. 1.418 a 1.430) e das concernentes ao penhor de direitos, a partir do art. 1.451 do CC, abordadas no presente tópico.

Em relação ao *endosso pignoratício* ou *endosso-caução*, esse é definido e explicado como "(forma especial de endosso, pela qual o endossante vincula-se a outra obrigação, conferindo ao endossatário o direito de retenção), lançado, ante o princípio da literalidade, no verso do próprio título, e requer a entrega do título ou da cártula do credor. Ao lançar tal endosso dever-se-á fazer uma menção que o identifique, como 'valor do penhor'" (DINIZ, Maria Helena. *Código*..., 2010, p. 1.013). Diante da incidência do art. 1.452 da própria codificação, a jurista, com razão, defende a necessidade de registro do contrato que constitui tal penhor.

Em seu profundo trabalho monográfico sobre o tema, Nestor Duarte destaca os efeitos do endosso-caução, explicando que o endossatário age em seu próprio nome, não podendo contra ele ser opostas as exceções pessoais oponíveis ao endossante, "contra quem se poderão deduzir objeções em outro processo, já que não sofre os efeitos da coisa julgada. Se, entretanto, o penhor for dado 'por quem adquiriu o título após o protesto ou o decurso do prazo legal, o credor da caução não será titular de direito autônomo, ficando, em consequência, vulnerável às exceções pessoais que os coobrigados tenham em relação ao endossante. Este endossatário é responsável pelos prejuízos que causar, seja ao endossante, como no caso de dar causa à prescrição, se não promover a cobrança oportuna do título, seja a terceiro" (DUARTE, Nestor. *Penhor*..., 2012, p. 151).

O art. 1.459 do Código Civil em vigor estabelece os direitos atribuídos ao credor de penhor de título de crédito. De início, poderá conservar a posse do título e recuperá-la de quem quer que o detenha, por meio de ações possessórias (inc. I). Em complemento, poderá, também, usar de todos os meios judiciais convenientes para assegurar os seus direitos e os do credor do título empenhado, caso de uma ação petitória.

O terceiro direito é o de fazer intimar ao devedor do título que não pague ao seu credor, enquanto durar o penhor (art. 1.459, inc. III). Vale a ressalva apresentada por Francisco Eduardo Loureiro, no sentido de serem os títulos de crédito documentos de apresentação, "de modo que o devedor originário somente vai efetuar o pagamento ao endossatário/portador, exigindo a devolução da cártula. A regra, assim, importa simples faculdade do credor pignoratício. Dizendo de outro modo, ainda que o devedor originário não seja intimado da existência do penhor somente efetuará o pagamento ao apresentante, vale dizer, o credor pignoratício endossatário, que tem a cártula em seu poder" (LOUREIRO, Francisco Eduardo. *Código*..., 2010, p. 1.562).

Ilustrando a aplicação do dispositivo em análise, entendeu o Tribunal Paulista que, ausente a citada notificação pelo endossatário-caucionante para o não pagamento ao credor originário, com o apontamento do novo credor do título, "e demonstrado o pagamento, de boa-fé, pela autora sacada ao sacador endossante do débito relativo às duplicatas não aceitas protestadas por indicação, é de se reconhecer que os pagamentos feitos são oponíveis ao endossatário-caucionante e que os títulos foram quitados em data anterior aos respectivos protestos, impondo-se, em consequência, a confirmação da r. sentença, quanto à declaração de inexigibilidade do débito objeto da ação, tornando definitiva a liminar para exclusão dos protestos e inscrições" (TJSP, Apelação 0047667-78.2007.8.26.0602, Acórdão 5297999, Sorocaba, 20.ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Rebello Pinheiro, j. 25.07.2011, *DJESP* 11.08.2011).

Em suplemento à previsão em comento, estabelece o art. 1.460 do CC/2002 que o devedor do

título empenhado que receber a citada intimação ou se der por ciente do penhor, não poderá pagar ao seu credor. Se o fizer, responderá solidariamente por este, por perdas e danos, perante o credor pignoratício. Conforme o seu parágrafo único, se o credor der quitação ao devedor do título empenhado, deverá saldar imediatamente a dívida, em cuja garantia se constituiu o penhor.

Comentando o comando, Nestor Duarte confirma a tese de que a intimação do devedor constitui uma faculdade do credor, citando Gladston Mamede e o entendimento do Superior Tribunal de Justiça no REsp 70.967/PR e no REsp 88.876/ES. Isso porque, se o devedor tem ciência do endosso, torna-se desnecessária a sua notificação (*Penhor...*, 2012, p. 185). E complementa, citando entendimento anterior desta obra, quando em coautoria:

> "Na hipótese de o credor do título haver sido notificado, mas permanecendo o seu credor com o título, que deveria ter sido entregue ao credor pignoratício, indaga-se sobre como proceder. Pode, evidentemente, esse devedor consignar em pagamento, sob o argumento de dúvida a quem pagar (art. 335, IV, do CC/2002). Entretanto, é de se ter em conta que a entrega do título integra a constituição do próprio penhor; logo, sem essa providência, pode-se entender que o penhor não existiu e, assim, o devedor que pagar ao portador do título, e de boa-fé, não poderá ser responsabilizado por pagamento inválido, como concluiu o STJ em acórdão referido por Flávio Tartuce e José Fernando Simão" (*Penhor...*, 2012, p. 186).

O importante aresto do Superior Tribunal de Justiça foi assim ementado por aquela Corte Superior:

> "Civil. Recurso especial. Ação de perdas e danos. Notas promissórias representativas de parcelas de compromisso de compra e venda de imóvel que foram, pela construtora, caucionadas a banco, como garantia da dívida hipotecária relativa ao financiamento da obra. Ciência desse ato ao devedor. Ausência, contudo, de tradição dos títulos caucionados. Pagamento realizado à construtora, com efetiva devolução de todas as cártulas. Pretensão do banco a receber perdas e danos, pois o devedor, ciente da caução, não poderia pagar ao credor caucionante. Configuração da boa-fé por parte dos devedores. Ausência de tradição dos títulos que afeta a existência da própria caução. O acórdão partiu da premissa de que a aplicação do CDC permitia conferir veracidade aos fatos narrados pelos ora recorridos, afastando assim a incidência do art. 795 do CC/16, pois os títulos, apesar de caucionados ao banco, continuaram na posse da construtora, sendo entregues aos ora recorridos a cada pagamento realizado. A caução de títulos de crédito faz parte, tanto no Código Civil antigo quanto no atual, do Capítulo relativo ao penhor; a análise do art. 795 do CC/16 – que estipula a condenação em perdas e danos pleiteada na presente hipótese – deve ser feita, assim, de acordo com uma interpretação sistemática dos dispositivos legais pertinentes. A caução de títulos de crédito tem por objeto a própria cártula; a entrega do título caucionado ao credor pignoratício, portanto, é da essência do instituto em análise. Na presente hipótese, a manutenção da posse das notas promissórias nas mãos do credor caucionante retirou totalmente a possibilidade de produção dos efeitos jurídicos pretendidos pelo ora recorrente à cientificação feita aos devedores quando do caucionamento dos títulos; portanto, em face das peculiaridades aqui examinadas, a comunicação quanto à caução deve ceder espaço ao fato de que as promissórias se mantiveram com a construtora, e foram sendo devolvidas aos ora recorridos, em evidente quitação. Recurso especial não conhecido" (STJ, REsp 756.893/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3.ª Turma, j. 19.10.2006, *DJ* 06.11.2006, p. 316).

Para as devidas reflexões, cabe ressalvar que o art. 795 do Código Civil de 1916 equivale parcialmente ao art. 1.460 do Código Civil de 2002.

Por fim, quanto aos seus direitos, estabelece o inciso IV do art. 1.459 que o credor pignoratício tem o direito de receber a importância consubstanciada no título e os respectivos juros, se exigíveis, restituindo o título ao devedor, quando este solver a obrigação. A devolução, obviamente, decorre do desaparecimento da garantia, que não pode existir sozinha, diante do seu sempre citado caráter acessório.

8.2.3.5 Do penhor convencional especial de veículos

O tratamento relativo ao penhor convencional especial de veículos é uma inovação festejada do Código Civil de 2002, diante de sua suposta eficiência prática. O sistema anterior não tratava dessa forma de garantia, mas apenas da possibilidade de veículos serem objetos de *penhor cedular*, conforme o Decreto-lei 713/1969.

Marco Aurélio Bezerra de Melo opina que o penhor de veículos soma-se a outros instrumentos para a sua aquisição financiada, caso da alienação fiduciária em garantia, do *leasing* e da venda com reserva de domínio. E arremata: "Uma das vantagens da nova garantia real é ser menos burocrática, uma vez que o credor não necessitará retransmitir a titularidade do bem quando for cumprida a obrigação, como sucede com a alienação fiduciária em garantia, com o *leasing* e com a compra e venda com reserva de domínio. Outro ganho jurídico do penhor de veículos é a possibilidade prevista no art. 1.462, parágrafo único, que permite ao devedor emitir cédula de crédito na forma que a lei especial definir, o que tende a potencializar a concessão de crédito" (*Direito*..., 2007, p. 417).

Apesar de todo o entusiasmo que se percebe na doutrina a respeito de facilitações de concessões de crédito, repise-se que o presente autor vê algumas ressalvas, notadamente diante do problema do superendividamento, que vem atingindo grande parte das famílias brasileiras. Talvez já seja o momento em se pensar em algumas restrições, a fim de qualificar melhor os negócios de financiamento que são celebrados no País.

Pois bem, nos termos do art. 1.461 do CC/2002, podem ser objeto de penhor os veículos empregados em qualquer espécie de transporte ou condução. A norma é ampla, abrangendo ônibus, caminhões, tratores, carros e motos. Maria Helena Diniz cita, ainda, a possibilidade de penhor de embarcações não sujeitas a hipoteca, caso de lanchas, *jet-ski s* e barcos (*Código*..., 2010, p. 1.016). Anote-se a ressalva feita por Jones Figueirêdo Alves e Mário Luiz Delgado, no sentido de serem excluídos os equipamentos para a execução de terraplanagem e pavimentação, que continuam a ser objeto de penhor industrial (*Código*..., 2005, p. 735).

De acordo com o art. 1.462 da codificação, o penhor de veículos é constituído mediante instrumento público ou particular, registrado no Cartório de Títulos e Documentos do domicílio do devedor, e anotado no certificado de propriedade. Como se nota, dois são os requisitos para a eficácia do ato perante terceiros: o registro no Cartório de Títulos e Documentos e a anotação perante a autoridade administrativa (DETRAN). Como outrora comentado, a falta de tais formalidades não prejudica a validade e a eficácia *inter partes* da garantia. Assim posicionou-se o Superior Tribunal de Justiça, em julgado que merece ser colacionado:

> "Execução. Penhora sobre veículos automotores. Registro de penhor cedular (cédula de crédito comercial) no Cartório de Registro Imobiliário. Ineficácia em relação a terceiros. Tratando-se de veículos automotores dados em penhor cedular, para a eficácia da garantia em relação a terceiros, é necessário o seu registro no Cartório de Registro de Títulos e Documentos ou na repartição competente para expedir licença ou registrá-los" (STJ, REsp 200.663/SP, Rel. Min. Barros Monteiro, 4.ª Turma, j. 02.03.2004, *DJ* 17.05.2004, p. 228).

Ainda de acordo com o art. 1.462 do CC, prometendo pagar em dinheiro a dívida garantida com o penhor, poderá o devedor emitir cédula de crédito, na forma e para os fins que a lei especial determinar. Trata-se da *cédula pignoratícia veicular*, que ainda não foi regulamentada por lei própria. Não obstante essa falta de regulamentação, há quem entenda pela subsunção das mesmas regras que tratam do penhor rural – Lei 492/1937 e Decreto-lei 167/1967 – e do penhor industrial – Decreto-lei 413/1969, por analogia (VENOSA, Sílvio de Salvo. Código..., 2010, p. 1.318; MELO,

Marco Aurélio Bezerra de. *Direito*..., 2007, p. 418-419). Esse também é o posicionamento deste autor.

Esclareça-se que, como ocorre com os demais penhores especiais, a posse direta do veículo empenhado fica com o devedor ou com o terceiro proprietário, que continuará a usar o bem, sem qualquer restrição. Diante dessa realidade, visando à sua funcionalidade, o penhor de veículos não será efetivado sem que estejam previamente segurados contra furto, avaria, perecimento e danos causados a terceiros (art. 1.463 do CC/2002). No caso do sinistro, anote-se que o valor garantido ou indenização substituirá o bem garantido, conforme consta do art. 1.425, § 1.º, do CC/2002.

Dúvida resta quanto às consequências jurídicas em caso de não celebração do contrato de seguro. Para uma primeira corrente, a falta do citado seguro gera a nulidade do penhor. Assim pensam Maria Helena Diniz (*Código*..., 2010, p. 1.016), Francisco Loureiro (*Código*..., 2010, p. 1.565), Gustavo Tepedino, Maria Celina Bodin de Moraes e Heloísa Helena Barboza (*Código*..., 2011, v. III, p. 907).

Por outra via, há quem entenda que a falta do seguro repercute na eficácia do penhor, sendo certo que o Cartório de Registro de Títulos e Documentos não deve proceder ao registro se não for provada a celebração do seguro de dano. Essa é a posição de Marco Aurélio S. Viana (*Comentários*..., 2003, v. XVI, p. 777), Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (*Curso*..., 2012, v. 5, p. 902).

Das duas correntes, a razão parece estar com a primeira, uma vez que a expressão "não se fará" interpreta-se no sentido de gerar a nulidade absoluta virtual, uma vez que a lei proíbe a prática do ato sem cominar sanção, nos termos do art. 166, inc. VI, segunda parte, do Código Civil. Vale dizer que a questão se resolve no plano da validade e não no plano da eficácia, como querem os últimos juristas citados.

O *direito de vistoria ou de inspeção* também se faz presente no penhor de veículos. Como não detém a coisa, tem o credor direito a verificar o estado do veículo empenhado, inspecionando-o onde se achar, por si ou por pessoa que credenciar (art. 1.464 do CC/2002). Tal direito decorre, ainda, da necessidade de se segurar o objeto de garantia. A negativa por parte do devedor ou terceiro possibilita o ingresso de medidas cabíveis, como a ação de obrigação de fazer, nos termos do art. 461 do CPC.

Se houver alienação ou mudança do veículo empenhado sem prévia comunicação ao credor, ocorrerá o vencimento antecipado do crédito pignoratício (art. 1.465 do CC/2002). Como se nota, não se consagra a inalienabilidade do bem empenhado, como em penhores antes estudados, o que talvez não esteja em sintonia com a mobilidade própria dos veículos. A falta de comunicação ao credor encerra mais uma hipótese de vencimento antecipado da obrigação principal, além daquelas descritas no art. 1.425 da própria codificação. O mesmo deve ser dito quanto à mudança do veículo, que deve ser entendida não como alteração do seu lugar, mas de sua natureza e substância, a fragilizar a garantia, como bem pondera Sílvio de Salvo Venosa (*Código*... 2010, p. 1.319).

Encerrando o estudo do penhor de veículos, o art. 1.466 da norma geral privada estabelece o seu prazo máximo, que é de dois anos, prorrogável até o limite de igual tempo, averbada a prorrogação à margem do respectivo registro administrativo. Trata-se de questão atinente à eficácia da garantia. Sendo assim, havendo estipulação superior ao prazo apontado, o negócio será ineficaz nesse lapso temporal. Aproveita-se o restante do ato, o que é aplicação do princípio da conservação dos

negócios jurídicos, com relação umbilical com a função social dos pactos (Enunciado n. 22 da *I Jornada de Direito Civil*).

Lembre-se que essa solução de ineficácia era a mesma quando havia prazo estabelecido por lei para o penhor rural, nos termos da redação anterior do art. 1.439, *caput*, do CC ("O penhor agrícola e o penhor pecuário somente podem ser convencionados, respectivamente, pelos prazos máximos de três e quatro anos, prorrogáveis, uma só vez, até o limite de igual tempo"). Porém, como visto, não existem mais os referidos tetos legais, pois a Medida Provisória 619/2013, convertida em lei pela Lei 12.873/2013, deu nova redação ao comando citado, que passou a prever que o penhor agrícola e o penhor pecuário não podem ser convencionados por prazos superiores aos das obrigações garantidas. Quebrou-se com a harmonia do sistema civil, pois o prazo máximo do penhor de veículos foi mantido. Talvez fosse interessante, para manter a lógica da lei, alterar esse último lapso, uniformizando a matéria em relação ao penhor rural.

8.2.4 Da extinção do penhor

A encerrar o estudo do penhor, o Código Civil enuncia no seu art. 1.436 as hipóteses de sua extinção, que se aplicam tanto ao penhor convencional quanto ao penhor especial.

Em todos os casos, produz efeitos a extinção do penhor somente depois de averbado o cancelamento do registro (em regra, no Cartório de Títulos e Documentos), à vista da respectiva prova (art. 1.437 do CC/2002). Como anota Maria Helena Diniz, "Enquanto não for cancelado o registro do penhor, ele terá eficácia *erga omnes*" (DINIZ, Maria Helena. *Código*..., 2010, p. 1.002).

Deve ficar claro que as situações a seguir estudadas não se confundem com o vencimento antecipado da obrigação principal, tratada pelo art. 1.425 da mesma norma geral civil antes estudada. Nos casos listados na sequência, a garantia é extinta. De qualquer modo, tal extinção pode gerar o vencimento antecipado da obrigação, como ocorre no perecimento da coisa empenhada, por exemplo. Vejamos, pontualmente, quando se dá a extinção do penhor.

a) Pela extinção da obrigação principal (art. 1.436, inc. I, do CC).

Diante do caráter acessório da garantia, a extinção da obrigação principal faz desaparecer o penhor, o que representa incidência do *princípio da gravitação jurídica*. Podem ser citadas, como ilustrações práticas, as hipóteses de pagamento direto ou indireto da obrigação principal, de prescrição da dívida, de sua declaração de nulidade. Conforme consta da parte final do art. 184 do Código Civil, a invalidade da obrigação principal implica a das obrigações acessórias, mas a destas não induz a da obrigação principal. Na esteira do último comando, deve ficar bem claro que a extinção do penhor não gera a extinção da obrigação principal.

b) Pelo perecimento da coisa objeto do penhor (art. 1.436, inc. II, do CC).

Trata-se de hipótese de extinção pelo desaparecimento de seu objeto. Imagine-se, concretizando, que as joias em penhor são roubadas em agência bancária. Ou, ainda, que os animais objeto de penhor especial rural pecuário são mortos por uma tempestade e não substituídos.

A respeito da primeira situação, cabe elucidar, na linha de julgado do Superior Tribunal de

Justiça, que "O perecimento por completo da coisa empenhada não induz à extinção da obrigação principal, pois o penhor é apenas acessório desta, perdurando, por conseguinte, a obrigação do devedor, embora com caráter pessoal e não mais real. Segundo o disposto no inciso IV do art. 774, do Código Civil/1916, o credor pignoratício é obrigado, como depositário, a ressarcir ao dono a perda ou deterioração, de que for culpado. Havendo furto ou roubo do bem empenhado, o contrato de penhor fica resolvido, devolvendo-se ao devedor o valor do bem empenhado, cabendo ao credor pignoratício o recebimento do valor do mútuo, com a possibilidade de compensação entre ambos, de acordo com o art. 775 do Código Civil/1916. Na hipótese de roubo ou furto de joias que se encontravam depositadas em agência bancária, por força de contrato de penhor, o credor pignoratício, vale dizer, o banco, deve pagar ao proprietário das joias subtraídas a quantia equivalente ao valor de mercado das mesmas, descontando-se os valores dos mútuos referentes ao contrato de penhor. Trata-se de aplicação, por via reflexa, do art. 1.092 do Código Civil/1916 (art. 476 do Código Civil atual). Recurso especial não conhecido" (STJ, REsp 730.925/RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3.ª Turma, j. 20.04.2006, *DJ* 15.05.2006, p. 207).

c) Extinção do penhor pela renúncia da garantia pelo credor (art. 1.436, inc. III, do CC).

A renúncia pelo credor pode ser expressa ou presumida. A primeira decorre de instrumento público ou testamento, o que demonstra a sua origem por ato *inter vivos* ou *mortis causa*.

A segunda forma de renúncia tem origem em comportamento do credor, partindo-se de um ato conhecido para se chegar ao desconhecido. Os casos de renúncia presumida estão tratados pelo art. 1.436, § 1.º, a saber: *i)* quando o credor consentir na venda particular do penhor sem reserva de preço; *ii)* quando o credor restituir sua posse da coisa empenhada ao devedor, o que igualmente consta do art. 387 do CC/2002; *iii)* quando o credor anuir com a sua substituição por outra garantia.

d) Extinção pela confusão, na mesma pessoa, das qualidades de credor e devedor (art. 1.467, inc. IV, do CC).

Deve ficar claro que tal confusão é *obrigacional* e não *real*, nos termos do art. 381 do próprio Código Civil. Ora, a confusão diz respeito ao sujeito da obrigação, e não ao objeto da garantia. Imagine-se, por exemplo, os casos de fusão entre empresas que são credoras e devedoras, o que tem origem em ato *inter vivos*. Ou, ainda, o clássico exemplo em que o devedor é único herdeiro do credor, ocorrendo o falecimento do último, operando-se a confusão por evento *mortis causa*.

Estabelece o art. 382 do Código Civil que a confusão pode verificar-se a respeito de toda a dívida (*confusão total ou própria*), ou só de parte dela (*confusão parcial ou imprópria*). As duas situações podem perfeitamente envolver uma dívida garantida por penhor. Ocorrendo uma confusão parcial, ou seja, operando-se a confusão tão somente quanto a parte da dívida pignoratícia, subsistirá inteiro o penhor quanto ao resto (§ 1.º do art. 1.436 do CC/2002). A última regra é decorrência nacional do *princípio da indivisibilidade da garantia real*, antes estudado.

e) Extinção pela adjudicação judicial, pela remição ou pela venda da coisa empenhada, feita pelo credor ou por ele autorizada (art. 1.436, inc. V, do CC).

Como se nota, o comando trata de três hipóteses distintas.

A primeira delas diz respeito à *adjudicação judicial da coisa empenhada*, o que gera o seu desaparecimento e, por consequência, a extinção da garantia. A categoria está tratada pelo art. 685-A do Código de Processo Civil. Preceitua o dispositivo instrumental que é lícito ao exequente, oferecendo preço não inferior ao da avaliação, requerer lhe sejam adjudicados os bens penhorados. Se o valor do crédito for inferior ao dos bens, o adjudicante depositará de imediato a diferença, ficando esta à disposição do executado. Se o valor do crédito for superior, a execução prosseguirá pelo saldo remanescente. De acordo com o seu § 2.º, com interesse direto à matéria: "Idêntico direito pode ser exercido pelo credor com garantia real, pelos credores concorrentes que hajam penhorado o mesmo bem, pelo cônjuge, pelos descendentes ou ascendentes do executado". A adjudicação judicial somente é considerada perfeita e acabada com a lavratura e assinatura do auto pelo juiz, pelo adjudicante, pelo escrivão e, se for presente, pelo executado. Será expedida a carta de adjudicação, se bem imóvel, ou mandado de entrega ao adjudicante, se bem móvel (art. 685-B do CPC). Todos os preceitos citados receberam nova redação pela Lei 11.382/2006, uma das normas que compôs o movimento de reforma processual no Brasil.

A segunda situação é de *remição*, resgate do bem objeto da garantia. Anote-se que o dispositivo menciona a *remissão* (perdão), o que está errado tecnicamente não só nesse preceito, mas em outros que tratam da hipoteca, como se verá. Por isso, o Projeto de Lei 699/2011, antigo Projeto Ricardo Fiúza, pretende, de forma acertada, alterar o texto civil, para fazer constar a expressão *remição*. O art. 651 do CPC explica o instituto em apreço, ao determinar que, antes de adjudicados ou alienados os bens, pode o executado devedor, a todo tempo, remir a execução, pagando ou consignando a importância atualizada da dívida, mais juros, custas e honorários advocatícios.

A terceira situação de extinção prevista do inc. V do art. 1.436 é de venda da coisa, que pode ser judicial ou extrajudicial, gerando o desaparecimento do objeto da garantia real e, consequentemente, a sua extinção.

Deve ficar claro que o rol das hipóteses de extinção do penhor é meramente exemplificativo (*numerus apertus*), e não taxativo (*numerus clausus*), o que era observado, entre os clássicos, por Carvalho Santos. Entre os contemporâneos, Marco Aurélio S. Viana cita o jurista e os seguintes casos de extinção que não estão previstos no art. 1.436 da codificação: reivindicação da coisa empenhada, vencimento do prazo do penhor e resolução da propriedade do bem que garante a dívida (*Comentários*..., 2003, v. XVI, p. 739). Essa igualmente é a *opinio* qualificada de Gustavo Tepedino, Maria Celina Bodin de Moraes e Heloísa Helena Barboza, a quem se filia integralmente (*Código*..., 2011, v. III, p. 880).

8.3 DA HIPOTECA

8.3.1 Conceito, partes e Constituição

Explica Rubens Limongi França que a palavra *hipoteca* "vem do grego *hypotheke*, de *hypo* (por baixo), seguida de *titheni* (eu ponho). Daí poder traduzir-se literalmente em latina pela palavra *supositio*". E define o doutrinador: "hipoteca é a limitação da propriedade, que consiste na vinculação de um bem, de ordinário imóvel, com o fito de prestar garantia ao pagamento de uma obrigação assumida pelo proprietário ou por terceiro, sem todavia despojar aquele da respectiva posse" (*Instituições*..., 1999, p. 522).

Conforme Clóvis Beviláqua, "hipoteca é um direito real, que recai sobre imóvel, navio ou aeronave, para garantia de qualquer obrigação de ordem econômica, sem transferência da posse do bem gravado, com o credor" (*Direito*..., v. II, p. 114-114). Para Orlando Gomes, "a hipoteca é um direito real de garantia em virtude do qual um bem imóvel, que continua em poder do devedor, assegura ao credor, precipuamente, o pagamento de uma dívida" (GOMES, Orlando. *Direitos*..., 2004, p. 411).

Entre os contemporâneos, Maria Helena Diniz define: "A hipoteca é o direito real de garantia que grava coisa imóvel ou bem que a lei entende por hipotecável, pertencente ao devedor ou a terceiro, sem a transmissão de posse ao credor, conferindo a este o direito de promover a sua venda judicial, pagando-se preferentemente, se inadimplente o devedor" (*Código*..., 2010, p. 1022). Por fim, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald assinalam que a hipoteca "pode ser conceituada como direito real de garantia, em virtude do qual um bem imóvel (exceto navios e aeronaves) remanesce na posse do devedor ou de terceiro, assegurando preferencialmente ao credor o pagamento de uma dívida" (*Curso*..., 2012, v. 5, p. 909).

Para este autor, a hipoteca é o direito real de garantia sobre coisa alheia que recai sobre bens imóveis, como regra, em que não há a transmissão da posse da coisa entre as partes. Entre as categorias estudadas no presente capítulo, trata-se da que apresenta maiores repercussões práticas.

São partes da hipoteca: a) *devedor hipotecante* – aquele que dá a coisa em garantia, podendo ser o próprio devedor ou terceiro; b) *credor hipotecário* – tem o benefício do crédito e do direito real, sendo dotado, entre os efeitos, de direito de preferência sobre a coisa garantida.

Quanto à sua constituição, como se verá, a hipoteca pode ter origem convencional, legal ou judicial, tema de tópico próprio a respeito de suas modalidades.

Por razões óbvias, a hipoteca convencional deve ser registrada no Cartório de Registro de Imóveis do local do imóvel, ou no de cada um deles, se o título se referir a mais de um bem (art. 1.492 do CC/2002 e art. 167, I, n. 2, da Lei 6.015/1973). Como bem ensina Maria Helena Diniz, "só com o registro da hipoteca no Livro n. 2 ter-se-á a publicidade do ato e a fixação da data do nascimento do direito real, com eficácia erga *omnes*, estabelecendo o direito de sequela e a ordem de preferência. Daí a célebre frase de Lacerda de Almeida: 'Hipoteca não registrada é hipoteca não existente'" (DINIZ, Maria Helena. *Código*..., 2010, p. 1.037). Em outras palavras, não havendo o citado registro, a hipoteca gera efeitos como simples instituto contratual, com eficácia *inter partes*. Consigne-se que há ainda a possibilidade de um registro especial, como se verá, a respeito dos navios e aeronaves.

Os registros e averbações seguirão a ordem em que forem requeridos, o que é decorrência do *princípio da anterioridade ou da prioridade registral*, verificando-se a ordem pela sua numeração sucessiva no protocolo de registro (art. 1.493, *caput*, do CC/2002). O número de ordem determina a prioridade, e esta a preferência entre as hipotecas, o que é fundamental no plano prático (art. 1.493, parágrafo único, do CC/2002).

O processo de registro é tratado também pela Lei de Registros Públicos (Lei 6.015/1973), com maiores detalhamentos e especificações. De acordo com o seu art. 182, todos os títulos tomarão, no Protocolo, o número de ordem que lhes competir em razão da sequência rigorosa de sua apresentação. Reproduzir-se-á, em cada título, o número de ordem respectivo e a data de sua prenotação (art. 183). O Protocolo será encerrado diariamente, com o fim de definir exatamente a prioridade (art. 184). A escrituração do protocolo incumbirá tanto ao oficial titular como ao seu substituto legal, podendo ser feita, ainda, por escrevente auxiliar expressamente designado pelo oficial titular ou pelo seu substituto legal mediante autorização do juiz competente (art. 185). Por fim, prevê o art. 186 da Lei de Registros Públicos que o número de ordem determinará a prioridade do título, e esta a preferência dos direitos reais, ainda que apresentados pela mesma pessoa mais de um título simultaneamente.

Para manter a anterioridade e a prioridade, enuncia o art. 1.494 do CC/2002 que não devem ser registradas no mesmo dia duas hipotecas, ou uma hipoteca e outro direito real, sobre o mesmo imóvel, em favor de pessoas diversas. Isso, salvo se as escrituras, do mesmo dia, indicarem a hora em que foram lavradas. Mais uma vez, a matéria está melhor tratada na Lei 6.015/1976. De acordo com o seu art. 190, “Não serão registrados, no mesmo dia, títulos pelos quais se constituam direitos reais contraditórios sobre o mesmo imóvel”.

Em complemento, prevalecerão, para efeito de prioridade de registro, quando apresentados no mesmo dia, os títulos prenotados no Protocolo sob número de ordem mais baixo, protelando-se o registro dos apresentados posteriormente, pelo prazo correspondente a, pelo menos, um dia útil (art. 191). De acordo com dispositivo seguinte, tais regras não se aplicam às escrituras públicas, da mesma data e apresentadas no mesmo dia, que determinem, taxativamente, a hora da sua lavratura, prevalecendo, para efeito de prioridade, a que foi lavrada em primeiro lugar. Trata-se, portanto, do último preceito – art. 192 da Lei de Registros Públicos –, de exceção às regras anteriores. Para Francisco Eduardo Loureiro, “cuida-se de exceção infeliz aos princípios da prioridade e da inscrição. É um caso em que o direito pessoal (momento do contrato) estabelece a preferência, em detrimento do momento do protocolo” (*Código*..., 2010, p. 1.600).

Voltando à codificação privada, estabelece o seu art. 1.495 que, se for apresentada ao oficial do registro uma segunda hipoteca, antes do registro da primeira, deve ele sobrestar a inscrição da hipoteca nova, apenas prenotando-a. O *prazo de aguardo* da inscrição da anterior é de 30 dias. Esgotado o prazo, sem que se requeira a inscrição desta, a hipoteca ulterior será registrada e obterá preferência. Mais uma vez, o comando legal reproduz preceito da Lei 6.015/1976, o seu art. 189, *in verbis*: “Apresentado título de segunda hipoteca, com referência expressa à existência de outra anterior, o oficial, depois de prenotá-lo, aguardará durante 30 (trinta) dias que os interessados na primeira promovam a inscrição. Esgotado esse prazo, que correrá da data da prenotação, sem que seja apresentado o título anterior, o segundo será inscrito e obterá preferência sobre aquele”. A necessidade de todas as regras do Código Civil fica em xeque, justamente pela existência de

tratamento anterior.

Em havendo *dúvida* sobre a legalidade do registro da hipoteca requerido, o oficial fará, ainda assim, a prenotação do pedido, informando o requerente sobre o problema ou a dúvida. Se a controvérsia registral, dentro em noventa dias, for julgada improcedente em demanda judicial, o registro efetuar-se-á com o mesmo número que teria na data da prenotação. Em caso contrário, cancelada a prenotação, receberá o registro o número correspondente à data em que se tornar a requerer (art. 1.496 do CC/2002).

Lecionam Jones Figueirêdo Alves e Mário Luiz Delgado que o último dispositivo representa uma inovação, uma vez que amplia o prazo da prevalência da prenotação do título da hipoteca. Por isso, para os doutrinadores, estaria revogado tacitamente o art. 205 da Lei de Registros Públicos, segundo o qual "cessarão automaticamente os efeitos da prenotação se, decorridos 30 (trinta) dias do seu lançamento no Protocolo, o título não tiver sido registrado por omissão do interessado em atender às exigências legais" (ALVES, Jones Figueirêdo; DELGADO, Mário Luiz. *Código*..., 2005, p. 751).

Para outra corrente, não houve revogação, sendo os dois comandos complementares. Maria Helena Diniz, por exemplo, explica que "Se a dúvida, em noventa dias, for julgada improcedente, não mais de poderá suscitá-la, ante o reconhecimento judicial, por via da coisa julgada formal, do direito do interessado registrar o título independentemente das exigências feitas pelo oficial. Esta deverá, então, efetuar o registro do título quando for reapresentado dentro de trinta dias (Lei 6.015/73, art. 205), fazendo o assento da hipoteca com o mesmo número que teria na data da prenotação" (*Código*..., 2010, p. 1.040). Essa última parece ser a correta interpretação do sistema, até porque o dispositivo civil trata somente do registro da hipoteca, enquanto que o preceito especial tem relação com outros títulos que podem ser registrados.

Em relação à *dúvida* do conteúdo do registro, cumpre destacar que há tratamento, mais uma vez, na Lei de Registros Públicos, com detalhamentos. Enuncia o seu art. 198 que, em havendo exigência a ser satisfeita quanto ao registro, o oficial indicá-la-á por escrito. Não se conformando o apresentante com a exigência do oficial, ou não a podendo satisfazer, será o título, a seu requerimento e com a declaração de dúvida, remetido ao juízo competente – da Vara de Registros Públicos, se houver, ou da Vara Cível – para dirimi-la. O preceito estabelece os seguintes procedimentos, que devem ser obedecidos:

I – no Protocolo, anotará o oficial, à margem da prenotação, a ocorrência da dúvida.

II – Após certificar, no título, a prenotação e a suscitação da dúvida, rubricará o oficial todas as suas folhas.

III – Em seguida, o oficial dará ciência dos termos da dúvida ao apresentante, fornecendo-lhe cópia da suscitação e notificando-o para impugná-la, perante o juízo competente, no prazo de quinze dias.

IV – Certificado o cumprimento do disposto no item anterior, serão remetidas, ao juízo competente, mediante carga, as razões da dúvida, acompanhadas do título.

Se o interessado não impugnar a dúvida no prazo de quinze dias referido acima, será ela, ainda assim, julgada por sentença, pelo juiz competente (art. 199). Impugnada a dúvida com os documentos que o interessado apresentar, será ouvido o Ministério Público, no prazo de dez dias (art. 200 da Lei 6.015/1973). Se não forem requeridas diligências, o juiz proferirá decisão no prazo de quinze dias, com base nos elementos constantes dos autos (art. 201).

Da sentença poderão interpor recurso de apelação, com os efeitos devolutivo e suspensivo, o

interessado, o Ministério Público e o terceiro prejudicado, conforme o art. 202 da Lei de Registros Públicos. De acordo com a norma seguinte, transitada em julgado a decisão da dúvida, proceder-se-á do seguinte modo:

I – Se for julgada procedente a dúvida, os documentos serão restituídos à parte, independentemente de translado, dando-se ciência da decisão ao oficial, para que a consigne no Protocolo e cancele a prenotação. Somente nesse caso de procedência é que serão devidas custas pelo interessado (art. 207).

II – Se for julgada improcedente a dúvida, o interessado apresentará, de novo, os seus documentos, com o respectivo mandado, ou certidão da sentença, que ficarão arquivados, para que, desde logo, se proceda ao registro, declarando o oficial o fato na coluna de anotações do Protocolo.

A *decisão da dúvida* tem natureza administrativa e não impede o uso do processo contencioso competente (art. 204). Em suma, o julgamento administrativo pode ser contestado no âmbito judicial, o que pode propiciar até decisões conflitantes.

Quanto ao art. 205 da Lei 6.015/1973, já foi ele devidamente comentado. Na sequência, estabelece o art. 206 da norma que cessarão automaticamente os efeitos da prenotação se, decorridos trinta dias do seu lançamento no Protocolo, o título não tiver sido registrado por omissão do interessado em atender às exigências legais. Ademais, se o documento, uma vez prenotado, não puder ser registrado, ou o apresentante desistir do seu registro, a importância relativa aos emolumentos pelo registro será restituída, deduzida a quantia correspondente às buscas e à prenotação.

Voltando ao Código Civil, o seu art. 1.497 trata especificamente do registro da hipoteca legal. Por opção metodológica, tal comando será abordado quando do estudo dessa modalidade de garantia, pois é mais fácil a sua visualização ao lado da demonstração de suas hipóteses concretas.

De toda sorte, igualmente quanto ao registro da hipoteca, estabelece o seu art. 1.498 que esse terá validade e eficácia enquanto a obrigação principal perdurar. Fica claro o caráter acessório da hipoteca, que não pode existir por si só, sem a obrigação principal, assim como ocorre com os demais direitos reais de garantia.

De acordo com a segunda parte da norma civil, a especialização da hipoteca, em completando vinte anos, deve ser renovada, sob pena de sua extinção ou desaparecimento, por falta de requisito formal. Parte da doutrina entende que a última regra somente se aplica à *hipoteca legal*, que não tem prazo máximo, eis que perdura enquanto vigente a situação descrita em lei. Em relação à hipoteca convencional, como se verá, o seu prazo máximo é de trinta anos, nos termos do art. 1.485 do CC/2002, dispositivo que ainda será estudado neste capítulo.

Anote-se que essa é a opinião constante das edições anteriores desta obra, que continua sendo seguida por este autor (TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito civil*..., 2013, v. 4, p. 498). No mesmo sentido, conforme pesquisa constante daquela obra e realizada por José Fernando Simão, assim pensam Marco Aurélio Bezerra de Melo, Maria Helena Diniz, Carlos Roberto Gonçalves, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald.

A questão, todavia, não é pacífica, pois há quem entenda que a necessidade de renovação tem incidência para todas as modalidades de hipoteca, inclusive a convencional (LOUREIRO, Francisco Eduardo. *Código*..., 2010, p. 1.603; VENOSA, Sílvio de Salvo. *Código*..., 2010, p. 1345). Com o devido respeito aos juristas, ficamos com o entendimento anterior, pois mais lógico.

8.3.2 Bens que podem ser hipotecados

Superado o estudo das questões primordiais a respeito da constituição da hipoteca, vejamos os bens que podem ser hipotecados, por força do art. 1.473 do Código Civil, constituindo o objeto desse direito real de garantia.

a) Os bens imóveis e os acessórios dos imóveis conjuntamente com eles (art. 1.473, inc. I, do CC).

Como é notório, a regra é que a hipoteca recaia sobre bens imóveis, podendo ser citados casas, apartamentos, escritórios, terrenos e edifícios. Diante do *princípio da gravitação jurídica* – segundo o acessório, segue o principal –, o bem imóvel abrange todos os seus acessórios, caso dos frutos e das benfeitorias. Em suma, a hipoteca recai sobre o todo.

Em complemento a tal dedução, prevê o art. 1.474 do CC/2002 que a hipoteca abrange todas as acessões (incorporações), melhoramentos ou construções do imóvel. A título de exemplo, julgado do Tribunal Gaúcho que considerou que a hipoteca abrange as plantações realizadas sobre terra nua: "Agravo de instrumento. Ação de execução. Hipoteca. Abrangência. Terra nua. Cobertura vegetal. A hipoteca abrange todas as acessões, melhoramentos ou construções do imóvel, a teor do disposto no art. 1.474 do Código Civil vigente. Inexistindo disposição em contrário no ato constitutivo da hipoteca, a constrição abrange tanto a terra nua quanto a cobertura vegetal. Agravo provido" (TJRS, Agravo de Instrumento 70007548613, Caxias do Sul, 16.ª Câmara Cível, Rel. Des. Claudir Fidelis Faccenda, j. 17.12.2003).

Ademais, pela mesma norma, subsistem os ônus reais constituídos e registrados, anteriormente à hipoteca, sobre o mesmo imóvel, caso de direitos reais de gozo ou fruição como o usufruto e de outras garantias reais, como a alienação fiduciária. A anterioridade do registro é que irá determinar a preferência quanto ao direito real instituído.

Quanto às pertenças, que também são bens acessórios, a questão é divergente, como bem expõe Sílvio de Salvo Venosa (*Código*..., 2010, p. 1326). O art. 93 do vigente Código Civil define as pertenças como os bens que, não constituindo partes integrantes, se destinam, de modo duradouro, ao uso, ao serviço ou ao aformoseamento de outro. A título de exemplo, podem ser citados os bens móveis incorporados aos imóveis pela vontade do proprietário, por acessão intelectual.

Nos termos do art. 94 do CC/2002, os negócios jurídicos que dizem respeito ao bem principal não abrangem as pertenças, salvo se o contrário resultar da lei, da manifestação de vontade ou das circunstâncias do caso. Por tal dispositivo, em regra, a hipoteca que recai sobre o bem principal parece não abranger as pertenças. Todavia, conforme destacado no Volume 1 desta coleção, a pertença pode ser essencial ao bem principal, hipótese em que deve acompanhá-lo por força da parte final do art. 94, que menciona as *circunstâncias do caso*. Imagine-se o caso de máquinas que foram incorporadas a uma fábrica, e que são essenciais à funcionalidade desta. Para este autor, a hipoteca da fábrica engloba tais pertenças essenciais.

Por fim, esclareça-se que é perfeitamente possível que as partes relativas à hipoteca convencionem expressamente que as pertenças façam parte da garantia real, o que, segundo Sílvio de Salvo Venosa, é sempre a melhor solução, a fim de afastar quaisquer dúvidas a respeito da extensão da garantia (*Código*..., 2010, p. 1.326). Este autor pensa de forma semelhante.

b) O domínio direto (art. 1.473, inc. II, do CC).

Dividindo-se os atributos da propriedade entre pessoas distintas, nos casos de direitos reais sobre coisa alheia, é possível que a hipoteca recaia sobre o domínio direto. Como exemplo, superado é verdade, cite-se a possibilidade de hipoteca sobre o antigo direito do senhorio na enfiteuse, instituto que foi parcialmente banido pelo art. 2.038 do Código Civil de 2002.

Diante dessa realidade, a hipoteca somente pode recair sobre as enfiteuses anteriores, já existentes quando da entrada em vigor da atual codificação, e aquelas regulamentadas por lei especial, caso das enfiteuses da União. Tratando da última hipótese, especificamente: "Os imóveis regrados pelo regime de aforamento administrativo possuem divisão de propriedades: domínio útil e domínio direto. Assim, a aquisição, negocial ou por hasta pública, do domínio útil, não compromete a parcela do imóvel pertencente ao senhorio, com a condição de prévia cientificação do nu-proprietário, para que este possa exercer o seu direito de preferência. Cabível a realização de hipoteca sobre bem público federal afeto ao sistema de aforamento, desde que restrito à parcela de domínio destinada ao particular/executado, uma vez que não haverá prejuízo a ser suportado pela união, que manterá suas prerrogativas de recebimento do laudêmio e exercício do direito de preferência incólumes, na forma dos arts. 619 e 698, do CPC e do art. 2038, do CC/02, e art. 689, CC/16. Recurso de apelação desprovido" (TRF da 2.ª Região, Apelação Cível 0000941-95.2002.4.02.5105, 5.ª Turma Especializada, Rel. Des. Fed. Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, j. 30.04.2013, *DEJF* 10.05.2013, p. 329).

Outra ilustração envolve o usufruto, podendo o nu-proprietário oferecer os seus atributos dominiais em hipoteca.

c) O domínio útil (art. 1.473, inc. III, do CC).

Além do domínio direto, o domínio útil pode ser hipotecado, como ocorre em relação ao direito do usufrutuário. Atente-se, portanto, que, não obstante a inalienabilidade do usufruto, tratada pelo art. 1.393 do CC/2002, esse pode ser objeto de hipoteca.

O mesmo pode ser dito quanto ao direito do enfiteuta, servindo para concretizar o seguinte aresto do Tribunal de Justiça da Paraíba: "Ação popular. Terreno de marinha oferecido em hipoteca pelo enfiteuta. Domínio útil. Cláusula contratual válida. Improcedência do pedido. Remessa oficial. Desprovimento. Pode o enfiteuta oferecer em garantia hipotecária terreno de marinha de que é detentor do domínio útil. Inexistência de prejuízo à Fazenda Pública, que continuará a receber perpetuamente o for anual, certo e invariável" (TJPB, Recurso 2001.001093-6, João Pessoa, 1.ª Câmara Cível, Rel. Des. Antônio de Pádua Lima Montenegro, j. 20.09.2001, *DJPB* 07.03.2002).

Como terceiro exemplo a ser mencionado, filia-se a Francisco Eduardo Loureiro quanto à viabilidade de se hipotecar o direito real de aquisição do promitente comprador, no caso de compromisso irretratável de compra e venda de imóvel registrado na matrícula. Como sintetiza o magistrado, tal direito "é um bem imóvel por definição legal e passível de cessão por trespasse" (*Código*..., 2010, p. 1.573). Assim, não se alinha à doutrina tradicional, que não admitia tal possibilidade jurídica.

d) As estradas de ferro (art. 1.473, inc. IV, do CC).

A hipoteca sobre estradas de ferro tem um capítulo próprio de tratamento, entre os arts. 1.502 e 1.505 da atual codificação. Os comandos têm pouca aplicação prática, eis que o transporte férreo não foi a opção do Estado brasileiro, principalmente nas últimas décadas.

De acordo com primeiro preceito, devem as hipotecas incidentes sobre as estradas de ferro ser registradas no Município da estação inicial da respectiva linha. Diante de sua inquestionável função social, os credores hipotecários não podem embaraçar a exploração da linha, nem contrariar as modificações, que a administração deliberar, no leito da estrada, em suas dependências, ou no seu material (art. 1.503 do CC/2002). Em síntese, a garantia, até pelo seu caráter acessório, não pode prejudicar o transporte que passa sobre o bem garantido, não havendo a possibilidade de interferir, por exemplo, nas determinações feitas pelo Poder Público.

A hipoteca será circunscrita à linha ou às linhas especificadas na escritura e ao respectivo material de exploração, no estado em que, ao tempo da execução, estiverem. Porém, os credores hipotecários podem opor-se à venda da estrada, à de suas linhas, de seus ramais ou de parte considerável do material de exploração. Igualmente podem se opor à fusão com outra empresa, sempre que com isso a garantia do débito enfraquecer (art. 1.504 do CC/2002). Há, assim, um *poder de veto* por parte do credor, como bem aponta a doutrina (TEPEDINO, Gustavo; MORAES, Maria Celina Bodin de; BARBOZA, Heloísa Helena. *Código*..., 2011, v. III, p. 963).

Observa-se que não se aplica à hipoteca de vias férreas a norma de ordem pública do art. 1.475 do Código Civil, que estabelece a nulidade da cláusula que proíbe a venda do bem. A própria norma, ao consagrar o veto, estabelece a viabilidade de a parte não concordar com a alienação. Se ocorrer a venda ou a fusão sem a concordância do credor hipotecário, deve-se considerar o caso como sendo de nulidade absoluta, por fraude à lei imperativa (art. 166, inc. VI, do CC/2002).

Finalmente, na execução da hipoteca de linhas férreas será intimado o representante da União ou do Estado, para, dentro em quinze dias, remir a estrada de ferro hipotecada, pagando o preço da arrematação ou da adjudicação (art. 1.505 do CC/2002). A hipótese é de remição, resgate da hipoteca pelo pagamento, pelo Poder Público, diante da função social do bem garantido, inclusive pelo que consta do art. 178 da Constituição Federal de 1988.

e) As jazidas, minas e demais recursos minerais, os potenciais de energia hidráulica e os monumentos arqueológicos (art. 1.230), independentemente do solo onde se acham (art. 1.473, inc. V, do CC).

O Código de Minas (Decreto-lei 1.985/1940) define as jazidas como sendo toda massa de substância mineral, ou fóssil, existente no interior ou na superfície da terra e que apresente valor para a indústria. Já as minas são tidas como as jazida em lavra. Pela mesma norma, entende-se por lavra o conjunto de operações necessárias à extração industrial de substâncias minerais ou fósseis da jazida.

Tais bens são considerados bens da União, por dicção do art. 176, *caput*, da Constituição da República, cuja transcrição é importante: "As jazidas, em lavra ou não, e demais recursos minerais e os potenciais de energia hidráulica constituem propriedade distinta da do solo, para efeito de exploração ou aproveitamento, e pertencem à União, garantida ao concessionário a propriedade do produto da lavra". Em havendo a concessão de lavra, de exploração pelo Poder Público, admite-se a alienação de tais bens, o que engloba a possibilidade de hipoteca, conforme o art. 55 do Decreto-lei

227/1967.

f) Os navios e as aeronaves (art. 1.473, incs. VI e VII, do CC).

A hipoteca pode recair sobre bens móveis, no caso sobre navios e aeronaves, diante de um tratamento constante também em lei especial.

Esclareça-se que, diante de dúvidas que existem no meio jurídico, não se pode afirmar que os navios e aeronaves constituem bens imóveis, somente pelo fato de que sobre eles poder recair a hipoteca e terem um registro especial (na Capitania dos Portos e na Agência Nacional de Aviação).

Tais bens são móveis por excelência, justamente pelo fato de servirem de transporte ao ser humano. Em relação às aeronaves, constituem o meio de transporte mais rápido que a humanidade criou até o presente momento. Imagine a constatação de alguém quando se deparasse com um avião, afirmando que constituiria um imóvel. Soa estranho e até absurdo. Em complemento, tanto o registro quanto a hipoteca têm natureza acessória, que não têm o condão de alterar a essência do bem principal.

De qualquer modo, a viabilidade da hipoteca e o registro especial fazem com que os navios e aeronaves sejam considerados bens móveis *sui generis* ou especiais. Reforçando a não caracterização como imóveis, para que assim fossem considerados, deveriam estar elencados no art. 82 do Código Civil como bens imóveis por determinação legal. E não é o que ocorre, pois tais bens são apenas os direitos reais sobre imóveis e o direito à sucessão aberta.

O enquadramento dos navios e aeronaves se dá entre os bens móveis por natureza, nos termos do art. 80 da mesma codificação, uma vez que são bens suscetíveis de remoção por força alheia, sem alteração da substância ou da destinação econômico-social. Em relação às aeronaves, é clara a expressão do art. 106, parágrafo único, do Código Brasileiro da Aeronáutica (Lei 7.565/1986): "A aeronave é bem móvel registrável para o efeito de nacionalidade, matrícula, aeronavegabilidade (artigos 72, I, 109 e 114), transferência por ato entre vivos (artigos 72, II e 115, IV), constituição de hipoteca (artigos 72, II e 138), publicidade (artigos 72, III, e 117) e cadastramento geral (artigo 72, V)".

Esse é igualmente o entendimento majoritário na doutrina brasileira, a ser considerado para os devidos fins teóricos e práticos. Nas edições anteriores desta obra, José Fernando Simão, em pesquisa apurada, citava a posição de Maria Helena Diniz, Flávio Augusto Monteiro de Barros, Marco Aurélio S. Viana, Carlos Roberto Gonçalves, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, Washington de Barros Monteiro, Silvio Rodrigues, Orlando Gomes, Francisco Cláudio de Almeida Santos, Caio Mário da Silva Pereira e Fábio Ulhoa Coelho (TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito civil*..., 2013, v. 4, p. 470). Acrescente-se a afirmação de Francisco Eduardo Loureiro, para quem, "embora sejam bens móveis por natureza, é da tradição do direito brasileiro e das legislações estrangeiras a admissão da hipoteca, em razão do vulto dos financiamentos à sua construção e manutenção" (*Código*..., 2010, p. 1.574).

As consequências de tal posição são práticas e relevantes. Mencione-se, a fim de ilustrar, que, em se tratando de bens móveis, a constituição de hipoteca não necessita de outorga conjugal. Como é notório, tal vênia somente é imprescindível em se tratando de bens imóveis, por força do art. 1.647, inc. I, do Código Civil.

Feito tal necessário esclarecimento, constata-se que a hipoteca de navios e aeronaves é regida por lei especial por previsão expressa da própria lei geral privada (art. 1.473, § 1.º, do CC/2002).

De início, a hipoteca dos navios é regulada pela Lei 7.652/1988 e pelo Decreto 2.256/1997. Nos termos do art. 12 da primeira norma, o registro de direitos reais e de outros ônus que gravem embarcações brasileiras deverá ser feito no Tribunal Marítimo, sob pena de não valer contra terceiros (efeitos *erga omnes*). No tocante ao registro da hipoteca convencional de navios, o art. 14, § 1.º, da Lei 7.652/1988 dispõe que o pedido de registro será apresentado mediante requerimento do proprietário ou de seu representante legal, acompanhado dos documentos necessários, à Capitania dos Portos ou órgão subordinado, em cuja jurisdição estiver incluído o porto de inscrição da embarcação, a quem caberá encaminhar o requerimento e documentos a este apensos ao Tribunal Marítimo. O registro do direito real ou do ônus será comunicado pelo Tribunal Marítimo à Capitania dos Portos em cuja jurisdição estiver incluído o porto de inscrição da embarcação, para a devida anotação.

A hipoteca das aeronaves é regulamentada pela Lei 7.565/1986 (Código Brasileiro da Aeronáutica). Nos termos do seu art. 138, poderão ser objeto de hipoteca convencional as aeronaves, motores, partes e acessórios de aeronaves, inclusive aquelas em construção. Porém, pela mesma norma, não pode ser objeto de hipoteca, enquanto não se proceder à matrícula definitiva, a aeronave inscrita e matriculada provisoriamente, salvo se for para garantir o contrato, com base no qual se fez a matrícula provisória.

A referência à aeronave, sem ressalva, compreende todos os equipamentos, motores, instalações e acessórios, constantes dos respectivos certificados de matrícula e aeronavegabilidade. No caso de incidir a hipoteca sobre motores, deverão eles ser inscritos e individuados no Registro Aeronáutico Brasileiro, no ato da inscrição da hipoteca, produzindo esta os seus efeitos ainda que estejam equipando aeronave hipotecada a distinto credor, exceto no caso de haver nos respectivos contratos cláusula permitindo a rotatividade dos motores. Concluída a construção da aeronave, a hipoteca estender-se-á à aeronave se recair sobre todos os componentes; mas continuará a gravar, apenas, os motores e equipamentos individuados, se somente sobre eles incidir a garantia. Cabe ao credor o direito de inspeção ou vistoria da aeronave e equipamentos, enquanto durar o contrato.

Em relação aos requisitos subjetivos e objetivos da hipoteca convencional de aeronaves, determina o art. 139 do Código Brasileiro de Aeronáutica, só aquele que pode alienar a aeronave poderá hipotecá-la e só a aeronave que pode ser alienada poderá ser dada em hipoteca. Em suma, os requisitos são os mesmos descritos em geral quanto aos direitos reais de garantia do Código Civil (art. 1.420).

No caso de aeronave comum a dois ou mais proprietários, só poderá ser dada em hipoteca com o consentimento expresso de todos os condôminos (art. 140 da Lei 7.565/1986). Mais uma vez há sintonia com o art. 1.420 do CC/2002, especificamente com o seu § 2.º, segundo o qual "A coisa comum a dois ou mais proprietários não pode ser dada em garantia real, na sua totalidade, sem o consentimento de todos; mas cada um pode individualmente dar em garantia real a parte que tiver".

De acordo com o art. 141 do Código da Aeronáutica, a hipoteca convencional de aeronaves é constituída pela inscrição do contrato no Registro Aeronáutico Brasileiro e com a averbação no respectivo certificado de matrícula. O comando seguinte elenca os requisitos para sua eficácia, a saber: *a)* o nome e domicílio das partes contratantes; *b)* a importância da dívida garantida, os

respectivos juros e demais consectários legais, o termo e lugar de pagamento; *c)* as marcas de nacionalidade e matrícula da aeronave, assim como os números de série de suas partes componentes; *d)* os seguros que garantem o bem hipotecado.

A encerrar o estudo do tem a, pontue-se que, além da hipoteca convencional de aeronaves, há a hipoteca legal. Esta será dada em favor da União, no caso de aeronaves, peças e equipamentos adquiridos no exterior com aval, fiança ou qualquer outra garantia do Tesouro Nacional ou de seus agentes financeiros (art. 144 da Lei 7.565/1986). Os arts. 145 e 146 da mesma norma tratam da possibilidade de adjudicação, em fazer da União, de tais bens, em havendo inadimplemento, falência, insolvência ou liquidação do devedor.

g) O direito de uso especial para fins de moradia (art. 1.473, inc. VIII, do CC).

A previsão foi incluída pela Lei 11.481/2007, que passou a admitir tal direito real de gozo ou fruição, incluído no rol dos direitos reais do art. 1.225 (inc. XI). Admite-se, portanto, que aquele que recebeu a concessão do referido direito real institua sobre ele uma hipoteca. Fica em dúvida a necessidade dessa inclusão, eis que o que se está hipotecando é o domínio útil do bem, conforme o inciso III do art. 1.473.

h) O direito real de uso (art. 1.473, inc. IX, do CC).

Igualmente incluído pela Lei 11.481/2007, diante do acréscimo desse direito real (art. 1.225, inc. XII). Valem os mesmos comentários feitos acima, a respeito da real necessidade dessa inclusão, uma vez que o que se está hipotecando é o domínio útil do imóvel.

i) A propriedade superficiária (art. 1.473, inc. X, do CC).

Também incluído pela Lei 11.481/2007, diante de dúvidas existentes na doutrina a respeito da viabilidade de hipoteca sobre a superfície. De toda sorte, prevalecia já o entendimento pela sua possibilidade, pelo enquadramento no domínio direto, previsto no inc. II do art. 1.473 (LOUREIRO, Francisco Eduardo. Código..., 2010, p. 1.574).

Conforme o § 2.º do art. 1.473, por razões óbvias, a garantia hipotecária persiste enquanto viger o direito de uso especial de moradia, o direito real de uso e a superfície, o que também foi incluído pela Lei 11.441/2007. Isso porque a hipoteca, diante de seu caráter acessório, não pode existir sozinha. Sendo extinta a concessão real, extinta será a hipoteca, pelo termo final do direito principal, em casos de negócios jurídicos temporários.

A encerrar o presente tópico, mais uma vez entra em cena o debate a respeito de ser o rol do art. 1.473 taxativo (*numerus clausus*) ou exemplificativo (*numerus apertus*). Em suma, a dúvida reside em saber se outros bens podem ser hipotecados. A questão é bem exposta por Gladston Mamede, para quem o rol até pode ser considerado exemplificativo, mas apenas a lei pode criar outras viabilidades hipotecárias. E arremata: “Importa observar, contudo, não haver liberdade contratual para estabelecer novas hipóteses de direitos passivos de hipoteca. Somente o legislador o pode fazer, ainda que se utilize de lei extravagante ao Código Civil, a incluir tratados internacionais que sejam devidamente ratificados pelo Congresso Nacional” (MAMEDE, Gladston. *Código...*, 2003, v. XIV, p. 326). Volta-se à discussão exposta no Capítulo 3 desta obra, a respeito da taxatividade e

tipicidade dos direitos reais.

8.3.3 Das modalidades de hipoteca

Superada a abordagem dos bens hipotecáveis, vejamos a classificação da hipoteca quanto à origem, levando-se em conta o tratamento legislativo e a visão doutrinária (FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Direitos reais*..., 2006, p. 647-663; DINIZ, Maria Helena. *Curso*..., 2009, v. 4, p. 581-591; GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito*..., 2010, v. 5, p. 608-613).

8.3.3.1 Da hipoteca convencional

É aquela criada pela autonomia privada, ou por convenção das partes, conforme preceitos e regras até o presente momento estudados.

8.3.3.2 Da hipoteca legal

Decorre da norma jurídica, nas hipóteses do art. 1.489 do CC, a favor das seguintes pessoas, por envolverem *interesses maiores*, notadamente de cunho patrimonial daqueles que são beneficiados pela garantia:

I) Às pessoas de direito público interno (art. 41 do CC), sobre os imóveis pertencentes aos encarregados da cobrança, guarda ou administração dos respectivos fundos e rendas.

II) Aos filhos, sobre os imóveis do pai ou da mãe que passar a outras núpcias, antes de fazer o inventário do casal anterior, hipótese de presença de uma causa suspensiva do casamento (art. 1.523, inc. I, do CC). Nesse caso, é comum afirmar pela presença de uma *dupla sanção aos cônjuges*, qual seja a imposição dessa hipoteca, além do regime da separação obrigatória de bens (art. 1.641, inc. I, do CC).

III) Ao ofendido, ou aos seus herdeiros, sobre os imóveis do delinquente, para satisfação do dano causado pelo delito e pagamento das despesas judiciais. O inciso tem aplicação para os casos de indenização por ato ilícito, como nos acidentes de trânsito ou de trabalho que causam homicídio a chefe de família, que a sustentava.

IV) Ao coerdeiro, para garantia do seu quinhão ou torna da partilha, sobre o imóvel adjudicado ao herdeiro reponente. Explicando a previsão, essa tem relação com o art. 2.019 do Código Civil, especificamente com o seu § 1.º. De acordo com o último preceito, não sendo possível a divisão cômoda de bens de herança, poderá um dos herdeiros requerer que o bem lhe seja adjudicado totalmente, repondo aos outros as suas partes. Esse último herdeiro, que recebe a integralidade de imóvel comum e que deve repor as partes dos outros é denominado como *reponente*. Aos outros herdeiros caberá a hipoteca legal sobre esse bem que foi adjudicado a um único sucessor, enquanto não receber a sua parte na herança.

V) Ao credor sobre o imóvel arrematado, para garantia do pagamento do restante do preço da arrematação. O inciso relaciona-se com a previsão do art. 690 do Código de Processo Civil, preceituando o seu *caput* que a arrematação far-se-á mediante o pagamento imediato do preço pelo arrematante ou, no prazo de até quinze dias, mediante caução. De acordo com o seu § 1.º, tratando-se de bem imóvel, quem estiver interessado em adquiri-lo em prestações poderá apresentar por escrito sua proposta, nunca inferior à avaliação, com oferta de pelo menos trinta por cento à vista. O restante será garantido pela referida hipoteca legal sobre o próprio imóvel. Anote-se que tal sistemática da arrematação foi alterada por uma das normas que tratou recentemente da Reforma do CPC, a Lei 11.382/2006.

Esses são os casos de hipoteca legal tratados pela codificação privada. Sem prejuízo e em complemento, há mais uma hipótese, antes já estudada, que diz respeito à hipoteca legal, em favor da União, das aeronaves, das peças e dos equipamentos adquiridos no exterior, com aval, fiança ou outra garantia do Tesouro Nacional ou de seus agentes.

Vistos os seus casos, o credor da hipoteca legal, ou quem o represente (v.g., um mandatário), poderá, provando a insuficiência dos imóveis especializados, exigir do devedor que seja reforçado com outros (art. 1.490 do CC/2002). A regra visa a manter a integralidade da garantia, havendo regra processual sobre tal reforço (art. 1.208 do CPC), a seguir estudada.

Em casos de insuficiência, a hipoteca legal pode ser substituída por caução de títulos da dívida pública federal ou estadual, recebidos pelo valor de sua cotação mínima no ano corrente; ou por outra garantia, a critério do juiz, a requerimento do devedor (art. 1.491 do CC/2002). Essa outra garantia pode ser uma fiança ou um penhor, por exemplo.

As hipotecas legais, de qualquer natureza, deverão ser registradas e especializadas (art. 1.497, *caput*, do CC/2002). O registro e a especialização das hipotecas legais incumbem a quem está obrigado a prestar a garantia, mas os interessados podem promover a inscrição delas, ou solicitar ao Ministério Público que o faça (art. 1.497, § 1.º, do CC). As pessoas, às quais incumbir o registro e a especialização das hipotecas legais, estão sujeitas a perdas e danos pela omissão (art. 1.497, § 2.º, do CC).

A *ação de especialização da hipoteca legal* tem tratamento no Código de Processo Civil, entre os procedimentos especiais de jurisdição voluntária. Vejamos as suas regras fundamentais.

Nos termos do art. 1.205 do Estatuto Processual, o pedido para especialização de hipoteca legal declarará a estimativa da responsabilidade e será instruído com a prova do domínio dos bens, livres de ônus, dados em garantia.

Seguem-se o arbitramento do valor da responsabilidade e a avaliação dos bens, por perito nomeado pelo juiz (art. 1.206 do CPC). Sobre o laudo manifestar-se-ão os interessados no prazo comum de cinco dias. Em seguida, o juiz homologará ou corrigirá o arbitramento e a avaliação; e, achando livres e suficientes os bens designados, julgará por sentença a especialização, mandando que se proceda à inscrição da hipoteca. Da sentença constarão expressamente o valor da hipoteca e os bens do responsável, com a especificação do nome, situação e características (art. 1.207 do CPC).

Sobre a necessidade de reforço da garantia, prescreve o art. 1.208 da Norma Instrumental que, sendo insuficientes os bens oferecidos para a hipoteca legal e não havendo reforço mediante caução real ou fidejussória (arts. 1.490 e 1.491 do CC), ordenará o juiz a avaliação de outros bens. Em havendo outros bens, será procedida nova especialização, conforme os procedimentos já descritos. Não havendo, será julgada improcedente a especialização.

Por fim, não se pode esquecer que não há prazo máximo para a hipoteca legal, exigindo-se apenas que a especialização seja renovada a cada vinte anos (art. 1.498 do CC/2002). Não havendo a citada renovação, a hipoteca é reputada extinta. Como bem explicam Gustavo Tepedino, Maria Celina Bodin de Moraes e Heloísa Helena Barboza, “se não se proceder à renovação no prazo estabelecido, a hipoteca perde sua especialização e, consequentemente, seu valor, tendo em vista que, nos termos do art. 1.492, a hipoteca não especializada não serve para identificar o imóvel ou o valor da garantia. Neste caso, só restará às partes a constituição de nova hipoteca, com novo número de ordem, alterando sua anterior preferência” (*Código*..., 2011, v. III, p. 956).

8.3.3.3 Da hipoteca cedular

Conforme o art. 1.486 do Código Civil, podem o credor e o devedor, no ato constitutivo da hipoteca, autorizar a emissão da correspondente cédula hipotecária, na forma e para os fins previstos em lei especial. Conforme apontam Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, "Nas leis específicas, a constituição da hipoteca independe de contrato solene e específico, pois, na própria cédula, são inseridos o acordo de criação e reconhecimento da dívida pelo devedor-emitente, e a constituição da hipoteca. Especializando-se os bens dados em garantia, com registro da cédula no ofício imobiliário. O credor da cédula dispõe de segurança, em razão do vínculo real que resulta do registro da cédula no cartório imobiliário" (FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Direitos reais*..., 2006. p. 663).

Em complemento, Gladston Mamede conceitua as cédulas de crédito como "títulos representativos de operações de financiamento, constituídos a partir de empréstimos concedidos por instituições financeiras, ou entidades a essas equiparadas, a pessoa natural (física) ou jurídica que se dedique à respectiva atividade" (*Código*..., 2003, v. XIV, p. 402). O jurista cita, com interesse para a presente modalidade de hipoteca, todas com tratamento em legislação especial: *a)* a letra hipotecária; *b)* a letra imobiliária; *c)* a cédula hipotecária e *d)* a letra de crédito imobiliário.

A cédula hipotecária merece destaque, sendo regulamentada pelo Decreto-lei 70/1966, entre os seus arts. 9.º e 41. Fundamentalmente, conforme o art. 10 da norma específica, é instituída a cédula hipotecária para hipotecas inscritas no Registro Geral de Imóveis, como instrumento hábil para a representação dos respectivos créditos hipotecários, a qual poderá ser emitida pelo credor hipotecário nos casos de: *I)* operações compreendidas no Sistema Financeiro da Habitação; *II)* hipotecas de que sejam credores instituições financeiras em geral, e companhias de seguro; *III)* hipotecas entre outras partes, desde que a cédula hipotecária seja originariamente emitida em favor das empresas financeiras e empresas de seguro. Outras regras poderiam ser comentadas, mas fogem aos objetivos desta obra, como *manual* de Direito Civil.

8.3.3.4 Da hipoteca judicial

Está tratada pelo art. 466 do Código de Processo Civil, segundo o qual "a sentença que condenar o réu no pagamento de uma prestação, consistente em dinheiro ou em coisa, valerá como título constitutivo de hipoteca judiciária, cuja inscrição será ordenada pelo juiz na forma prescrita na Lei de Registros Públicos". Ainda nos termos do Estatuto Processual, a sentença condenatória produz a hipoteca judiciária: *a)* embora a condenação seja genérica; *b)* pendente arresto de bens do devedor; *c)* ainda quando o credor possa promover a execução provisória da sentença.

Mais uma vez, o estudo aprofundado da categoria não é afeita ao Direito Civil, mas ao Direito Processual Civil. Assim, na presente obra cabe apenas expor a categoria, dentro da classificação da hipoteca quanto à origem.

8.3.4 Da possibilidade de alienação do bem hipotecado e suas consequências. Da sub-hipoteca

Preceito que tem relação direta com a própria função negocial da hipoteca é o art. 1.475 do CC/2002, segundo o qual é nula a cláusula que proíbe ao proprietário alienar imóvel hipotecado (*cláusula de inalienabilidade*). Trata-se de feliz inovação introduzida na atual codificação privada,

que afasta qualquer dúvida a respeito da possibilidade de venda do bem hipotecado. Explicam Jones Figueirêdo Alves e Mário Luiz Delgado que "Mesmo na vigência do Código de 1916, já era pacífica a doutrina no sentido de que o devedor hipotecário não perdia o direito de alienar o imóvel, uma vez que, por se tratar de direito real, mesmo depois da alienação, permaneceria a hipoteca, incidindo sobre imóvel. O novo Código vai ainda mais longe, considerando nula cláusula que proíba a alienação do imóvel hipotecado" (*Código*..., 2005, p. 740).

A hipótese é de *nulidade textual*, pois a norma prevê expressamente que a cláusula é nula (art. 166, VII, primeira parte, do CC). Como o caso é de invalidade de maior gravidade, não resta dúvida de que se trata de um preceito cogente ou de ordem pública. Sendo assim, cabe conhecimento de ofício, pelo juiz, da nulidade absoluta da cláusula (art. 168, parágrafo único, do CC).

Não se olvide que, sendo vendido ou doado o bem principal, a hipoteca o acompanha, como decorrência lógica da sequela do direito real. Em complemento, é permitido que as partes convencionem que vencerá antecipadamente o crédito hipotecário, se o imóvel for alienado (art. 1.475, parágrafo único, do CC/2002). Conforme pronunciou o Superior Tribunal de Justiça, aplicando o novo preceito, "o art. 1.475 do diploma civil vigente considera nula a cláusula que veda a alienação do imóvel hipotecado, admitindo, entretanto, que a referida transmissão importe no vencimento antecipado da dívida. Dispensa-se, assim, a anuência do credor para alienação do imóvel hipotecado em enunciação explícita de um princípio fundamental dos direitos reais" (STJ, AgRg no REsp 838.127/DF, Rel. Min. Luiz Fux, 1.ª Turma, j. 17.02.2009, *DJe* 30.03.2009).

Francisco Eduardo Loureiro traz comentários interessantes a respeito da cláusula que estabelece o vencimento antecipado, propondo a sua análise conforme os princípios da boa-fé objetiva e da função social. Explica que a alienação do bem, embora ineficaz perante o credor, pode provocar o agravamento do risco de depreciação do imóvel hipotecado, justificando-se plenamente a cláusula que veda a transmissão em casos tais. Porém, caso tal risco não esteja presente, o magistrado conclui que não há qualquer justificativa para a cláusula de vencimento antecipado. Vejamos suas palavras: "A medida provocaria a impossibilidade do devedor arcar com o pagamento integral e, por consequência, a execução da dívida, sem razão para tanto. É o que a melhor doutrina insere como uma das facetas do princípio da boa-fé objetiva e denomina de exercício desequilibrado de direitos (*inciviliter agere*), em que há manifesta desproporção entre a vantagem auferida pelo titular de um direito e o sacrifício imposto à contraparte, ainda que não haja o propósito de molestar" (*Código*..., 2010, p. 1.578). Tem razão o doutrinador, podendo ser aventada, em reforço, a *eficácia interna da função social*, que procura afastar desequilíbrios e massacres patrimoniais dentro dos negócios jurídicos.

Feita tal consideração, confrontando-se o art. 1.475 do Código Civil com o art. 59 do Decreto-lei 167/1967, é necessário pontuar que a venda dos bens apenhados ou hipotecados pela cédula de crédito rural continua a depender de prévia anuência do credor, por escrito. Assim, esse último requisito deve ser considerado, mesmo sendo nula a cláusula que veda a venda do bem hipotecado.

A questão foi decidida pelo Conselho Superior da Magistratura de Minas Gerais, em *decisio* assim ementada: "Conselho da Magistratura. Registro de contrato de compra e venda. Imóvel gravado com hipoteca. Anuência do credor hipotecário. Necessidade. 1. Faz-se necessária à aquiescência prévia e por escrito para a alienação de imóvel, objeto de contrato de compra e venda, à luz do artigo 59, do Decreto-Lei n.º 167, de 1967. 2. A regra geral, contida no artigo 1.475 do Código Civil, não tem o

condão de excluir a aplicação de norma especial prevista no artigo 59 do Decreto-Lei n.º 167, de 1967. 3. Recurso desprovido" (TJMG, Div 1.0696.04.012845-1/001, Tupaciguara, Conselho da Magistratura, Rel. Des. Nilson Reis, j. 02.05.2005, *DJMG* 13.05.2005).

O Tribunal de Justiça do Paraná seguiu essa linha, ao afastar a contradição entre os comandos citados e julgar que o requisito da lei específica ainda é fundamental para os casos por ela abrangidos: "Apelação cível. Dúvida suscitada por oficial de registro de imóveis. Registro de escritura pública de compra e venda de parte ideal de imóvel rural gravado com cédula rural pignoratícia e hipotecária. Aplicação do art. 59 do Decreto-Lei n.º 167/67. Contradição com o disposto no art. 1.475 do Código Civil. Inocorrência. Requisito previsto em Lei Especial, aplicável exclusivamente para o crédito rural e que não proíbe a alienação, nem ofende o direito de propriedade. (...)" (TJPR, Apelação Cível 0522153-0, Ponta Grossa, 11.ª Câmara Cível, Rel. Des. Mendonça de Anunciação, *DJPR* 08.06.2009, p. 309).

Tal premissa deve ser aplicada a outras regras previstas em lei especial. Cite-se o art. 1.º da Lei 8.009/1990, que trata dos contratos celebrados no âmbito do Sistema Financeiro da Habitação: "O mutuário do Sistema Financeiro da Habitação (SFH) pode transferir a terceiros os direitos e obrigações decorrentes do respectivo contrato, observado o disposto nesta lei. Parágrafo único. A formalização de venda, promessa de venda, cessão ou promessa de cessão relativas a imóvel financiado através do SFH dar-se-á em ato concomitante à transferência do financiamento respectivo, com a interveniência obrigatória da instituição financiadora. (Redação dada pela Lei n.º 10.150, de 2000)". É forçoso concluir que a regra não veda a venda do bem hipotecado, se for o caso, mas apenas apresenta o requisito da intervenção da instituição financeira, em especial nos chamados "contratos de gaveta". Por outro caminho, não houve revogação de tal preceito específico pelo art. 1.475 do CC/2002, por se tratar de regra especial. Resumindo, é possível a alienação de bens hipotecados nesse âmbito, desde que haja a citada concordância.

Nessa linha o posicionamento da melhor jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, cabendo destacar o seguinte trecho de ementa: "Sob esse enfoque, o art. 1.475 do diploma civil vigente considera nula a cláusula que veda a alienação do imóvel hipotecado, admitindo, entretanto, que a referida transmissão importe no vencimento antecipado da dívida. Dispensa-se, assim, a anuência do credor para alienação do imóvel hipotecado em enunciação explícita de um princípio fundamental dos direitos reais. Deveras, jamais houve vedação de alienação do imóvel hipotecado, ou gravado com qualquer outra garantia real, porquanto função da sequela. O titular do direito real tem o direito de seguir o imóvel em poder de quem quer que o detenha, podendo excuti-lo mesmo que tenha sido transferido para o patrimônio de outrem distinto da pessoa do devedor. Dessarte, referida regra não alcança as hipotecas vinculadas ao Sistema Financeiro da Habitação – SFH, posto que para esse fim há lei especial – Lei n.º 8.004/1990 –, a qual não veda a alienação, mas apenas estabelece como requisito a interveniência do credor hipotecário e a assunção, pelo novo adquirente, do saldo devedor existente na data da venda, em sintonia com a regra do art. 303, do Código Civil de 2002" (STJ, AgRg no REsp 838.127/DF, Rel. Min. Luiz Fux, 1.ª Turma, j. 17.02.2009, *DJe* 30.03.2009).

Pois bem, como decorrência natural da possibilidade de alienação do bem hipotecado, admite-se, no Direito Civil Brasileiro, a *sub-hipoteca*. Enuncia o art. 1.476 do CC/2002 que o dono do imóvel hipotecado pode constituir outra hipoteca sobre ele, mediante novo título, em favor do mesmo ou de outro credor. Não há limite objetivo numérico na lei para a constituição, cabendo mais de duas

hipotecas.

Questão de debate diz respeito à possibilidade de instituição de sub-hipotecas sem qualquer limite, não se considerando a solvibilidade do bem que garante a dívida. Gustavo Tepedino, Maria Celina Bodin de Moraes e Heloísa Helena Barboza demonstram que Sílvio Rodrigues e Carvalho Santos seguem a ideia de necessidade de se observar o valor do imóvel para as garantias sucessivas, a fim de manter a idoneidade da garantia. Por outra via, pensando de forma contrária, Gladston Mamede e Arruda Alvim. Os juristas que demonstram a polêmica também se filiam à última corrente, aduzindo que "nada impede que o credor aceite a sub-hipoteca mesmo sabendo que o valor do bem, em razão de outros ônus, mostra-se insuficiente para satisfazer o seu crédito. Se o faz, assume o risco de se tornar credor quirografário" (*Código...*, 2011, v. III, p. 929).

Com o devido respeito, filia-se à primeira corrente. A constituição de sub-hipotecas sucessivas, sem qualquer parâmetro, enfraquece o instituto que se estuda. Ademais, os institutos privados devem ser interpretados conforme a eticidade e a socialidade, servindo como parâmetro a regra do art. 187 do CC/2002, que consagra o abuso de direito como ilícito equiparado. Desse modo, as sub-hipotecas posteriores e excessivas parecem contrariar a boa-fé objetiva, o que gera nulidade absoluta das garantias constituídas por último, por ilicitude do objeto, nos termos do art. 166, inc. II, da própria codificação.

Conforme outrora se destacou, o credor da primeira hipoteca tem *prioridade* e *preferência*. Nessa linha, determina o art. 1.477 do CC/2002 que, salvo o caso de insolvência do devedor, o credor da segunda hipoteca, embora vencida, não poderá executar o imóvel antes de vencida a primeira. Conforme o seu parágrafo único, não se considera insolvente o devedor por faltar ao pagamento das obrigações garantidas por hipotecas posteriores à primeira. Como não há limite para constituições sucessivas, as premissas valem para uma terceira, quarta ou quinta garantia, e assim na sequência.

Sílvio de Salvo Venosa expõe polêmica a respeito da possibilidade de o segundo credor hipotecário executar a sua dívida vencida, quando não vencida a primeira obrigação. Aponta que o entendimento majoritário, de longa data, vai ao sentido da possibilidade de execução, devendo apenas ser observada a regra da prioridade de satisfação patrimonial do bem hipotecado em primeiro lugar, com a notificação do primeiro credor para que atue no processo. E leciona: "Se seguida ao pé da letra a dicção desse art. 1.477, fácil seria a fraude, bastando o conluio do devedor com o primeiro credor hipotecário. Sendo intimado o credor da primeira hipoteca, deverá intervir no processo, a fim de exercer a preferência" (*Código...*, 2010, p. 1.328). Para chegar a esse entendimento, o autor utiliza a solução constante do revogado art. 826 do Código Civil de 1916, que ainda teria aplicação prática, pelo viés doutrinário. Dispunha essa norma que "A execução do imóvel hipotecado far-se-á por ação executiva. Não será válida a venda judicial de imóveis gravador por hipotecas, devidamente inscritas, sem que tenham sido notificados judicialmente os respectivos credores hipotecários que não forem de qualquer modo partes na execução".

Ainda nas hipóteses de sub-hipoteca, se o devedor da obrigação garantida pela primeira hipoteca não se oferecer, no vencimento, para pagá-la, o *credor da segunda* pode promover-lhe a extinção, *consignando em juízo* a importância e citando o primeiro credor para recebê-la e o devedor para pagá-la (art. 1.478 do CC/2002). Continua a norma a estabelecer que, se o devedor não pagar a dívida, o segundo credor, efetuando o pagamento em juízo nos autos da ação de consignação em pagamento, se sub-rogará nos direitos da hipoteca anterior, sem prejuízo dos que lhe competirem

contra o devedor comum. Ocorre, assim, a *remição* ou resgate da hipoteca pelo pagamento do segundo credor, tema que será aprofundado no próximo tópico. A hipótese é de *sub-rogação subjetiva ativa legal*, ou seja, de substituição do credor por força da norma jurídica, nos termos do art. 346 do CC, que trata do adquirente do imóvel hipotecado.

De acordo com o parágrafo único do art. 1.478, se o primeiro credor estiver promovendo a execução da hipoteca, o credor da segunda depositará a importância do débito e as despesas judiciais mais uma vez nos autos da ação de consignação em pagamento por ele proposta, com o fim de remir a hipoteca.

Ato contínuo de estudo, o adquirente do imóvel hipotecado, desde que não se tenha obrigado pessoalmente a pagar as dívidas aos credores hipotecários, poderá exonerar-se da hipoteca, abandonando-lhes o imóvel (art. 1.479 do CC/2002). Trata-se de regra relativa ao abandono da propriedade, o que gera a sua extinção, denominado pela doutrina como *abandono liberatório do imóvel hipotecado* (MELO, Marco Aurélio Bezerra de. *Direito*..., 2007, p. 439-440). Como visto anteriormente, o Código Civil em vigor traz várias regras que consagram a extinção da propriedade pelo abandono, o que atinge o imóvel hipotecado adquirido por terceiro. O objetivo do abandono pode ser o de não ter contra si a propositura da ação de execução hipotecária.

Essa última norma não tem correspondente na codificação anterior. Há proposta, por meio do antigo Projeto Ricardo Fiúza (atual PL 699/2011), de incluir no preceito um parágrafo único, tratando do compromisso de compra e venda registrado. De acordo com a proposição: "O compromissário vendedor de imóvel hipotecário, ainda que conste junto ao credor como devedor e principal pagador também poderá exonerar-se da hipoteca, abandonando o imóvel ao credor hipotecário, desde que o compromissário comprador tenha assumido a obrigação de liquidar o saldo devedor na forma originalmente pactuada entre o compromissário vendedor e o credor hipotecário". Conforme as justificativas da proposta, "A redação atual do art. 1.479 dá margem a várias interpretações, inclusive a de que o novo Código Civil pretende legalizar os contratos de gaveta feitos sem a anuência do agente financeiro, cuja validade vem sendo reconhecida pela jurisprudência. Para deixar expresso esse propósito, proponho nova redação ao dispositivo". Como o presente autor filia-se ao reconhecimento dos contratos de gaveta pelo princípio da função social dos institutos civis, concorda-se com a proposta de inclusão.

Encerrando e também como novidade na lei geral privada, em casos desse abandono da propriedade hipotecada, o adquirente do imóvel notificará judicial ou extrajudicialmente o vendedor e os credores hipotecários, deferindo-lhes, conjuntamente, a posse do imóvel. Se houver negativa no recebimento do bem, o adquirente poderá depositar o bem em juízo, por meio da ação de consignação (art. 1.480 do CC).

Conforme o seu parágrafo, o adquirente poderá exercer a faculdade de abandonar o imóvel hipotecado até as vinte e quatro horas subsequentes à citação, com o que se inicia o procedimento executivo. O prazo é decadencial, sendo o menor de todos os previstos na atual codificação privada.

8.3.5 Da remição da hipoteca

A remição da hipoteca é um dos temas mais importantes no estudo desse direito real de garantia sobre coisa própria. De início, não se pode confundir a *remição*, escrita com *cedilha*, com a

remissão, com *dois esses*. O próprio legislador fez tal confusão, como se verá, em várias ocasiões. *Remição* significa *resgate pelo pagamento*, ou melhor, "é o direito concedido a certas pessoas de liberar o imóvel gravado, mediante pagamento de quantia devida, independentemente da anuência do credor (EJSTJ, 15:243). Na lição de Pontes de Miranda, é recomprar, readquirir, afastar pagando" (DINIZ, Maria Helena. *Código*..., 2010, p. 1.027). Já o termo *remissão* significa perdão da dívida, forma de pagamento indireto. A remissão é realizada pelo credor, devendo ser aceita pelo devedor, por força do art. 385 do Código Civil.

Pois bem, três hipóteses especiais de *remição* ou *resgate* da hipoteca merecem estudo: *a)* remição da hipoteca pelo adquirente do imóvel; *b)* remição da hipoteca pelo próprio devedor ou por seus familiares; *c)* remição da hipoteca no caso de falência ou insolvência do devedor hipotecário. Em relação à remição em casos de sub-hipotecas, essa foi abordada na seção anterior. Vejamos, de forma pontual, as situações pendentes de análise.

8.3.5.1 A remição da hipoteca pelo adquirente do imóvel

Está tratada com detalhes pelo art. 1.481 do CC/2002, segundo o qual, dentro do prazo decadencial de trinta dias, contados do registro do título aquisitivo, tem o adquirente do imóvel hipotecado o direito de remi-lo, citando os credores hipotecários e propondo importância não inferior ao preço por que o adquiriu.

Como bem pontua a doutrina, tal direito de remição pode ser exercido antes mesmo do vencimento da dívida (LOUREIRO, Francisco Eduardo. *Código*..., 2010, p. 1.585). Trata-se de um direito potestativo, conforme bem reconhece a jurisprudência (STJ, REsp 164.609/ES, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, 3.ª Turma, j. 24.06.1999, *DJ* 09.08.1999, p. 167 e TJMG, Agravo de Instrumento 0571127-84.2012.8.13.0000, Rel. Des. Leite Praça, j. 05.07.2012, *DJEMG* 17.07.2012).

Mais uma vez, a ação a ser proposta é a de *consignação em pagamento*, visando a liberar o direito real que recai sobre o bem. Os quatro parágrafos da norma consagram detalhes a respeito dos procedimentos dessa demanda.

De início, se o credor impugnar o preço da aquisição ou a importância oferecida, será realizada uma *licitação*, efetuando-se a venda judicial a quem oferecer maior preço, assegurada preferência ao adquirente do imóvel.

Não sendo impugnado pelo credor o preço da aquisição ou o preço proposto pelo adquirente, haver-se-á por definitivamente fixado para a *remissão* do imóvel, que ficará livre de hipoteca, uma vez pago ou depositado o preço. Atente-se que não se trata de *remissão* (*perdão*), como está escrito no art. 1.481, § 2.º, da codificação, legal, mas de *remição* (*resgate*), havendo um sério equívoco do legislador, conforme avisado há pouco. Como fim de corrigir o erro, o Projeto 699/2011 pretende alterar a expressão, o que viria em boa hora, para não causar confusões àqueles que aplicam a norma sem maiores estudos dos temas correlatos.

Ato contínuo, se o adquirente deixar de remir o imóvel, sujeitando-o à execução da hipoteca, ficará obrigado a ressarcir os credores hipotecários da desvalorização que, por sua culpa, o mesmo vier a sofrer, além das despesas judiciais da execução. Cabe destacar que a expressão culpa está em sentido amplo, englobando o dolo (intenção) e a culpa em sentido estrito (falta de cuidado por

imprudência, negligência ou imperícia). Assim, há uma responsabilização subjetiva pela desvalorização do bem hipotecado.

Pelo último parágrafo do art. 1.481, disporá de ação regressiva contra o vendedor o adquirente que ficar privado do imóvel em consequência de licitação ou penhora. Do mesmo modo, terão ação regressiva aquele que pagar a hipoteca e o adquirente que, por causa de adjudicação ou licitação, desembolsar com o pagamento da hipoteca importância excedente à da compra. Por fim, tem o mesmo direito o adquirente que suportar custas e despesas judiciais em decorrência da operação.

8.3.5.2 A remição da hipoteca pelo executado ou seus parentes

Conforme o art. 1.482 do Código Civil, realizada a praça do imóvel hipotecado, o executado ou devedor hipotecário poderá, até a assinatura do auto de arrematação ou até que seja publicada a sentença de adjudicação, remir o imóvel hipotecado, oferecendo preço igual ao da avaliação, se não tiver havido licitantes, ou ao do maior lance oferecido.

Igual direito caberá ao cônjuge, aos descendentes ou ascendentes do executado. Pela proteção constitucional da união estável (art. 226, § 3.º, da CF/1988), tal direito, por óbvio, deve ser estendido ao companheiro. Também deve ser reconhecido o direito de remição aos componentes de novas entidades familiares, como o casamento e a união estável homoafetiva.

Surge polêmica a respeito da persistência dessa remição, diante de alterações efetuadas no Código de Processo Civil por força da Lei 11.382/2006. Isso porque o art. 787 que tratava justamente dessa hipótese foi revogado pela última norma, que visou à reforma do sistema processual brasileiro. Podem ser encontrados julgados que concluem pela não revogação tática também do art. 1.482 do Código Civil, tendo a remição sido substituída pela adjudicação, com direito de preferência a favor dos parentes (art. 685-A do CPC). A título de exemplo:

> "Agravo de instrumento. Ação de execução por quantia certa contra devedor solvente. Requerimento de remição de bem imóvel arrematado nos autos feito pela genitora de um dos executados. Indeferimento pelo juízo *a quo*. Manutenção do *decisum* face à aplicação da Lei n. 11.382/2006. Inaplicabilidade do art. 1.482 do Código Civil. Recurso desprovido. Através da reforma efetuada pela Lei n. 11.382/2006, a figura da remição, outrora prevista nos arts. 787 a 790 do Código de Processo Civil, não mais persiste em nosso ordenamento jurídico, cedendo lugar à adjudicação (art. 685-A do CPC). 'A aplicação analógica do direito de remição garantido ao devedor hipotecário (artigo 1.482, CCB) não tem guarida, na medida em que importaria em desconsideração da revogação do instituto pela reforma processual promovida pela Lei n. 11.382/2006. Para imprimir maior eficiência e celeridade à execução, quis o legislador adotar como forma preferencial de expropriação para a satisfação do direito do credor a adjudicação (art. 647, I, CPC), pelo que não é dado ao intérprete contrariar o objetivo da norma, o que se daria no caso de admitir a postergação do seu exercício' (TJRS, Agravo de Instrumento n. 0117337-90.2011.8.13.0000, rel. Des. Luiz Carlos Gomes da Mata, j. em 9/6/2011)" (TJSC, Agravo de Instrumento 2011.081072-8, Lages, 2.ª Câmara de Direito Comercial, Rel. Juiz Robson Luz Varella, j. 15.05.2012, *DJSC* 24.05.2012, p. 276).

> "Processual civil. Adjudicação de bens penhorados. Direito da meeira preservado em embargos de terceiro. Ação ajuizada para desconstituir a adjudicação. Violação do direito de preferência do cônjuge. Art. 1.482 do Código Civil. Aplicação dos §§ 2.º e 3.º do art. 685-A do CPC. Não mais persiste na legislação processual o instituto da remição de bens, anteriormente previsto nos arts. 787 e seguintes do CPC. No entanto, possui o cônjuge o direito de preferência na adjudicação de bens penhorados, o qual deve ser exercido antes da sua transferência a terceiros, por meio do depósito do valor da avaliação em juízo. Exegese do art. 685-A, §§ 2.º e 3.º, do CPC. Recurso não provido" (TJMG, Apelação Cível 0041551-61.2011.8.13.0672, Sete Lagoas, 12.ª Câmara Cível, Rel. Des. Nilo Lacerda, j. 29.02.2012, *DJEMG* 12.03.2012).

A este autor não parece ser essa a melhor interpretação, pois o Código Civil ainda vige, propiciando que a remição seja feita tanto pelo devedor como pelos seus familiares. Aprofunde-se

que a norma da codificação privada tem natureza processual, podendo perfeitamente substituir a regra que foi revogada no Estatuto Processual. Concluindo ainda pela possibilidade de subsunção do art. 1.482 do CC/2002, da jurisprudência paulista: "Agravo de instrumento. Execução. Arrematação e adjudicação pelo exequente. Reconhecido o direito de remição a descendente do executado, único pretendente, observados, assim, os termos dos artigos 1.482 do Código Civil cumulado com artigo 685-A, §§ 2.º e 3.º do Código de Processo Civil. Afastada a determinação judicial da licitação. Decisão do Juízo *a quo* reformada. Agravo provido (Voto 8017)" (TJSP, Agravo de Instrumento 7274103-4, Acórdão 3308870, Mirassol, 19.ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Sampaio Pontes, j. 13.10.2008, *DJESP* 03.11.2008).

Francisco Eduardo Loureiro igualmente entende pela aplicação do art. 1.482, ao lecionar que, "embora controverso o tema, possível defender que persista ainda, regulada pelo artigo em estudo, a remição da hipoteca, instituto de nítida natureza material, que tem o objetivo não somente de extinguir a execução, mas liberar o patrimônio do ônus real. Nas execuções de crédito quirografário, o regime é o do CPC, de modo que a remição é facultada apenas ao devedor, devendo seus parentes utilizar-se da adjudicação. Já nas execuções hipotecárias ainda se admite a remição da hipoteca não somente pelo devedor, mas também pelos seus parentes" (*Código*..., 2010, p. 1.587). O entendimento é doutrinário e vale para os julgamentos em que o autor é relator no Tribunal de Justiça de São Paulo.

8.3.5.3 Remição da hipoteca no caso de falência ou insolvência do devedor hipotecário

Tal direito defere-se à massa, ou aos credores em concurso, não podendo o credor recusar o preço da avaliação do imóvel (art. 1.483, *caput*, do CC). Em casos tais, pode o credor hipotecário, para pagamento de seu crédito, requerer a adjudicação do imóvel avaliado em quantia inferior àquele, desde que dê quitação pela sua totalidade (art. 1.483, parágrafo único, do CC). O tema interessa mais ao Direito Empresarial. Não se pode esquecer a observância das regras relativas às preferências de crédito na falência.

Para encerrar o tópico, em todas as três hipóteses de remição mencionadas, é lícito aos interessados fazer constar das escrituras de instituição da hipoteca o valor entre si ajustado dos imóveis hipotecados, o qual, devidamente atualizado, será a base para as arrematações, adjudicações e remições, dispensada a avaliação (art. 1.484 do CC/2002). Em suma, as partes podem, por exercício da autonomia privada, fixar o valor do bem, para os fins de sua transmissão, o que visa a facilitar a efetivação prática da garantia.

A norma é excessivamente liberal e não está em sintonia com a atual principiologia do Direito Privado, em especial com a boa-fé objetiva e a função social. Imagine-se, por exemplo, uma cláusula que fixa o valor do bem em um terço do seu valor do mercado, traduzindo onerosidade excessiva. Ou, ainda, a imposição de uma cláusula desproporcional em contrato de consumo ou de adesão. Em todos esses casos, há que se reconhecer a nulidade da cláusula, por ilicitude do objeto (art. 166, inc. II, do CC). Serve de apoio o art. 187 da codificação, que consagra o abuso de direito como ato ilícito. Em reforço, podem ser utilizados os arts. 51 do CDC e 424 do CC, que protegem o consumidor e o aderente, como partes vulneráveis da relação negocial, contra cláusulas tidas como abusivas, que são nulas de pleno direito. Com o reconhecimento dessa nulidade da cláusula que estabelece o valor da coisa, deve-se proceder a uma real avaliação da coisa, buscando o seu valor

perante a sociedade, concretizando a função social da propriedade.

Cabe, por fim, a revisão do valor fixado previamente pelo magistrado, o que é reconhecido por alguns julgados. A título de ilustração admitindo implicitamente a ideia: "Tendo os imóveis hipotecados sido previamente estimados na constituição da hipoteca, nos termos do art. 1.484 do Código Civil vigente, que manteve o comando instituído pelo art. 818 do Código Civil de 1916, e não havendo indício trazido pelas partes de majoração ou diminuição no valor a eles atribuído, mostra-se dispensável sua avaliação, incidindo tão só a atualização monetária, para que possam ser levados à hasta pública. Decisão reformada. Recurso provido" (TJSP, Agravo de Instrumento 991.09.012237-3, Acórdão 4385875, Jundiaí, 17.ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Walter Fonseca, j. 24.02.2010, *DJESP* 09.04.2010).

8.3.6 Da perempção da hipoteca convencional

Mais uma vez, inicia-se a seção com uma elucidação terminológica. *Não se pode confundir o termo perempção com preempção*. Constitui a última o reconhecimento de um direito de preferência, como ocorre a favor do condômino no caso de venda da coisa comum (art. 504 do CC/2002).

A *perempção da hipoteca convencional* está tratada pelo art. 1.485 do CC/2002, sendo essa a sua extinção por decurso de prazo máximo decadencial de trinta anos, a contar da data da instituição por negócio jurídico. Como instituição do negócio deve-se entender a data de sua celebração, e não do registro (nesse sentido: TJMG, Apelação Cível 7293310-33.2009.8.13.0024, Belo Horizonte, 17.ª Câmara Cível, Rel.ª Des.ª Marcia de Paoli Balbino, j. 24.11.2011, *DJEMG* 11.01.2012).

Sendo o prazo decadencial, não se aplicam as regras que impedem, suspendem ou interrompem a prescrição. Da jurisprudência fluminense, concluindo desse correto modo, inclusive quanto ao seu termo *a quo:* "Por se tratar de hipoteca convencional, podem as partes pactuar livremente seu prazo, desde que não superior a (30) trinta anos, nos termos do art. 1.485 do Código Civil. Com essa estipulação, quer nosso ordenamento jurídico pautar-se na estabilidade das relações sociais, impedindo que tal garantia real se perpetue no tempo. O prazo trintenário possui natureza decadencial, não se aplicando às causas impeditivas, suspensivas e interruptivas resguardadas ao instituto da prescrição. Segundo abalizada doutrina, o termo *a quo* do referido prazo (trinta anos) se inicia na data do contrato, e não na data da averbação da garantia real. Fluindo tal lapso temporal, ocorre a perempção, ou usucapião da liberdade da garantia real, subsistindo apenas um crédito quirografário" (TJRJ, Agravo de Instrumento 0005558-31.2012.8.19.0000, 14.ª Câmara Cível, Rel. Des. José Carlos Paes, j. 15.08.2012, *DORJ* 17.08.2012, p. 337).

A norma dispõe que a prorrogação máxima se dá mediante simples averbação, requerida por ambas as partes. Anote-se que a Lei 10.931/2004 elevou o prazo que era de vinte anos, retornando ao modelo que constava do CC/1916. A retomada se deu pelos costumes e práticas geralmente verificados no meio social, sendo salutar essa volta ao sistema anterior. Repise-se que, em relação à hipoteca legal, não há prazo previsto em lei, aplicando-se apenas o art. 1.498 da codificação, no que concerne à necessidade de renovação da especialização, após vinte anos.

Voltando ao art. 1.485, prevê ainda o dispositivo vigente que, desde que perfaça esse prazo, só poderá subsistir o contrato de hipoteca reconstituindo-se por novo título e novo registro. Em suma, a garantia real deixa de existir depois da caducidade do lapso temporal. A título de exemplo dessa

regra: “Ação de execução por quantia certa contra devedor solvente. Penhora de bem com ônus hipotecário. Hipoteca datada de 20.12.1976. Pedido de baixa da hipoteca, pelo decurso do prazo previsto no art. 1.485 do Código Civil. Possibilidade. Agravo provido” (TJSP, Agravo de Instrumento 990.10.221853-8, Acórdão 4634062, São Caetano do Sul, 12.ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Jacob Valente, j. 04.08.2010, *DJESP* 30.08.2010).

No caso de *reconstituição da hipoteca*, será mantida a sua precedência da hipoteca, o que está em sintonia com a boa-fé. Maria Helena Diniz explica que “manter-se-á o benefício do credor hipotecário, o mesmo número de registro e igual procedência, que, então, lhe competir, visto tratar-se de ônus real, que, apesar de reconstituído, dá prosseguimento ao anterior. Consequentemente, em nada se alterará a posição creditória, permanecendo idêntica à oriunda do contrato perempto, quanto à sua preferência, no produto da excussão, relativamente aos outros direitos reais de terceiros” (*Código*..., 2010, p. 1.032).

Por derradeiro, interpretando a norma em estudo, da jurisprudência, é correta a conclusão pela qual, sendo a hipoteca fixada sem prazo determinado (prazo indeterminado), deve ser aplicado o prazo do art. 1.485 do CC e o *princípio da conservação dos negócios*:

> “Direito civil. Hipoteca. Estipulação a prazo incerto. Validade. Relação continuativa. Ausência momentânea de crédito. Irrelevância. I – A hipoteca pode ser estipulada a termo incerto se constituída em garantia de dívida a prazo indeterminado. A ausência de previsão de prazo certo para sua vigência não a invalida, operando-se, *pleno jure*, a sua extinção, no caso de atingido o prazo legal máximo de 30 anos previsto nos arts. 817 do Código Civil de 1916 e 1.485 do Código Civil de 2002, se antes não a convencionarem as partes. II – Tendo a hipoteca sido dada a fim de garantir todas as dívidas que vierem a ser originadas de relação continuativa havida entre as partes, a inexistência momentânea de crédito não é causa de sua extinção” (TJMG, Apelação Cível 1.0249.07.000953-8/0011, Eugenópolis, 13.ª Câmara Cível, Rel. Des. Adilson Lamunier, j. 14.08.2008, *DJEMG* 15.09.2008).

8.3.7 Da possibilidade de hipoteca sobre dívida futura ou condicional

Como outra novidade da vigente lei geral privada, admite-se a instituição convencional de hipoteca para *dívida futura* ou *condicional*. Diferenciando-se as duas figuras, a dívida futura é aquela que sequer existe quando da celebração da garantia; a dívida condicional tem a sua eficácia dependente de um evento futuro e incerto. Isso somente é possível, nos termos do art. 1.487 do CC/2002, se determinado o valor máximo do crédito a ser garantido. Surge, nesse contexto, o que a doutrina denomina como *hipoteca eventual* – no caso de dívida futura –, e a *hipoteca condicional*, no caso de dívida sujeita a evento futuro e incerto (TEPEDINO, Gustavo; MORAES, Maria Celina Bodin de; BARBOZA, Heloísa Helena. *Código*..., 2011, v. III, p. 942).

A norma tem relação com a admissão de venda de coisa futura, tratada pelo art. 483 da mesma norma civil. Admite-se, assim, que a hipoteca tenha uma natureza aleatória, assim como ocorre com aquele contrato. A título de exemplo de inter-relação dos dois institutos, do Tribunal de Santa Catarina, admitindo a nova garantia: “Contrato de compra e venda por encomenda com objeto determinável. Quantia a ser adimplida determinada quando da concretização da importação dos produtos e de sua entrega ao contratante. Estipulação, outrossim, de valor máximo do crédito a ser garantido. Aplicabilidade do art. 1.487 do Código Civil. Garantia idônea” (TJSC, Apelação Cível 2013.022811-0, Gaspar, 4.ª Câmara de Direito Comercial, Rel. Des. José Carlos Carstens Kohler, j. 07.05.2013, *DJSC* 10.05.2013, p. 187).

Explica a doutrina que a finalidade da inovação é possibilitar investimentos de vulto, havendo uma

iliquidez inicial da obrigação (VENOSA, Sílvio de Salvo. *Código*..., 2010, p. 1335). Conforme o § 1.º do dispositivo, a execução da hipoteca dependerá de prévia e expressa concordância do devedor quanto à verificação da condição, ou ao montante da dívida. Em suma, somente caberá execução quando a obrigação tornar-se líquida, certa quanto à existência e determinada quanto ao seu valor. Na prática, aplicou-se o preceito para contrato de franquia e locação de equipamentos garantido por escritura hipotecária de imóvel futuro. Como houve anuência e reconhecimento do devedor quanto ao montante da dívida, entendeu-se que os valores seriam plenamente exigíveis (TJSP, Apelação 0047609-67.2009.8.26.0000, Acórdão 4978115, São Paulo, 14.ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Pedro Ablas, j. 09.02.2011, *DJESP* 16.03.2011).

Outro julgado que merece ser citado foi pronunciado pelo Superior Tribunal de Justiça em 2013. Entendeu a Corte Superior que "A juntada de nota promissória garantidora não torna líquida a dívida cobrada, uma vez que [a] nota promissória vinculada a contrato de abertura de crédito não goza de autonomia em razão da iliquidez do título que a originou (Súmula n. 258/STJ). No caso, a escritura de hipoteca também não confere liquidez à execução. Não se concebe como um contrato de abertura de crédito no valor máximo de R$ 285.643,00, acompanhado de nota promissória no mesmo valor e de escritura de hipoteca sem valor certo garantido, possa conferir liquidez e certeza a execução de R$ 434.042,36. Incabível a execução de hipoteca garantidora de dívidas futuras, como no caso concreto, em que a garantia não estava limitada e nem vinculada a um contrato específico, mas a quaisquer débitos, sem qualquer limitação, provenientes ou não de financiamentos diversos e/ou vendas financiadas. A previsão legal de hipoteca de dívida futura é novidade legislativa trazida somente pelo Código Civil de 2002, que passou a prever no seu art. 1.487 que a hipoteca pode ser constituída para garantia de dívida futura ou condicionada, desde que determinado o valor máximo do crédito a ser garantido" (STJ, REsp 1.022.034/SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4.ª Turma, j. 12.03.2013, *DJe* 18.04.2013). Como se percebe, a nova figura tem sido amplamente debatida no campo prático do Direito Privado brasileiro.

Em havendo divergência entre o credor e o devedor, caberá ao primeiro fazer prova de seu crédito, ônus que lhe cabe, como ocorre com as dívidas em geral. Reconhecido o crédito, bem como seu valor, o devedor responderá, inclusive, por perdas e danos, em razão da superveniente desvalorização do imóvel (§ 2.º). A norma é louvável, por determinar que o valor do bem seja de acordo com as premissas sociais e não por montante fixado pelas partes.

8.3.8 Da divisão ou fracionamento da hipoteca

Seguindo no estudo da hipoteca, outra novidade que merece ser abordada diz respeito à sua divisão ou fracionamento, se o imóvel dado em garantia for loteado, desmembrado ou dividido, o que quebra com a antiga máxima pela qual a hipoteca seria um bem indivisível. É a redação integral do art. 1.488 do Código Civil, comando que merece ser transcrito para o devido estudo:

> "Art. 1.488. Se o imóvel, dado em garantia hipotecária, vier a ser loteado, ou se nele se constituir condomínio edilício, poderá o ônus ser dividido, gravando cada lote ou unidade autônoma, se o requererem ao juiz o credor, o devedor ou os donos, obedecida a proporção entre o valor de cada um deles e o crédito.
>
> § 1.º O credor só poderá se opor ao pedido de desmembramento do ônus, provando que o mesmo importa em diminuição de sua garantia.
>
> § 2.º Salvo convenção em contrário, todas as despesas judiciais ou extrajudiciais necessárias ao desmembramento do ônus correm por

conta de quem o requerer.

§ 3.º O desmembramento do ônus não exonera o devedor originário da responsabilidade a que se refere o art. 1.430, salvo anuência do credor".

De início, na linha do que era defendido por José Fernando Simão nas edições anteriores desta obra, o termo "loteado" utilizado por tal preceito merece críticas e ressalvas (TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito civil*..., 2013, v. 4, p. 488).

Isso porque a Lei 6.766/1979 estabelece que o parcelamento do solo urbano poderá ser feito mediante loteamento ou desmembramento (art. 2.º). O loteamento é a subdivisão de gleba em lotes destinados a edificação, com abertura de novas vias de circulação, de logradouros públicos ou prolongamento, modificação ou ampliação das vias existentes (art. 2.º, § 1.º). Por outra via, considera-se desmembramento a subdivisão de gleba em lotes destinados a edificação, com aproveitamento do sistema viário existente, desde que não implique na abertura de novas vias e logradouros públicos, nem no prolongamento, modificação ou ampliação dos já existentes (art. 2.º, § 2.º). Diante desse esclarecimento, nota-se que o alcance do art. 1.488 diz respeito aos *imóveis parcelados*, em sentido amplo ou genérico, a englobar tanto o loteamento quanto o desmembramento.

Em regra, mantém a indivisibilidade da garantia, nos termos do art. 1.421 do Código Civil. Todavia, se o imóvel, dado em garantia hipotecária (caso de um grande terreno, por exemplo), vier a ser loteado, ou se nele se constituir condomínio edilício, poderá a garantia real ser dividida. O ônus gravará cada lote ou unidade autônoma, se houver o devido requerimento judicial pelo credor, pelo devedor ou pelos proprietários das unidades, observada a proporção entre o valor de cada um deles e o crédito. Com intuito didático, pode-se dizer que *uma grande hipoteca se transforma em várias mini-hipotecas*. Todas as despesas, judiciais ou não, necessárias ao fracionamento do ônus serão pagas por aqueles que fizerem o requerimento judicial de divisão. Essa última norma, cabendo previsão em contrário entre as partes interessadas.

Em regra, nada pode fazer o credor hipotecário em face desse fracionamento. A única defesa que lhe cabe, a título de oposição, é a alegação e prova de que a divisão gerará uma diminuição de sua garantia, o que visa a manter o equilíbrio econômico e social do gravame.

O desmembramento da hipoteca não exonera o devedor originário da responsabilidade pessoal, como devedor comum ou quirografário. Isso, salvo anuência do credor hipotecário, o que será difícil de imaginar na prática.

Na linha do que era defendido nas edições anteriores desta obra e como bem ensina a melhor doutrina, o *caput* do art. 1.488 deve ser considerado cogente ou de ordem pública, pela relação com o princípio da função social da propriedade (LOUREIRO, Francisco Eduardo. *Código*..., 2010, p. 1.593; MELO, Marco Aurélio Bezerra de. *Direito*..., 2007, p. 437). É clara a finalidade da norma no sentido de potencializar a constituição de novos negócios, gravados por hipoteca, mormente que visam a construção de novos imóveis, melhor distribuindo a moradia em nosso País. Diante dessa premissa, qualquer cláusula de afastamento ou renúncia prévia ao *caput* do art. 1.488 do CC/2002 deve ser considerada nula de pleno direito, caso de nulidade absoluta, por fraude à lei imperativa (art. 166, inc. VI, do CC).

Partindo para a concretização prática da nova norma, jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça considerou a possibilidade de aplicar a inovação a negócios constituídos na vigência do

CC/1916. Isso porque o dispositivo está no *plano da eficácia*, devendo incidir a norma no momento da produção dos efeitos, na esteira do que consta do art. 2.035, *caput*, do Código Civil de 2002. O julgado ainda cita o princípio da função social dos contratos como fundamento para a conclusão. Vejamos a ementa:

> "Recurso especial. Antecipação de tutela. Impugnação exclusivamente aos dispositivos de direito material. Possibilidade. Fracionamento de hipoteca. Art. 1.488 do Código Civil de 2002. Aplicabilidade aos contratos em curso. Inteligência do art. 2.035 do Código Civil de 2002. Aplicação do princípio da função social dos contratos. Se não há ofensa direta à legislação processual na decisão do Tribunal que revoga tutela antecipadamente concedida pelo Juízo de Primeiro Grau, é possível a interposição de Recurso Especial mencionando exclusivamente a violação dos dispositivos de direito material que deram fundamento à decisão. O art. 1.488 do Código Civil de 2002, que regula a possibilidade de fracionamento de hipoteca, consubstancia uma das hipóteses de materialização do princípio da função social dos contratos, aplicando-se, portanto, imediatamente às relações jurídicas em curso, nos termos do art. 2.035 do Código Civil de 2002. Não cabe aplicar a multa do art. 538, parágrafo único, do CPC, nas hipóteses em que há omissão no acórdão recorrido, ainda que tal omissão não implique a nulidade do aresto. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido" (STJ, REsp 691.738/SC, 3.ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 12.05.2005, *DJ* 26.09.2005, p. 372).

O julgado é louvável por reconhecer a constitucionalidade do art. 2.035 da atual codificação, não havendo qualquer lesão à proteção do direito adquirido e do ato jurídico perfeito em sua redação, eis que as normas relativas aos efeitos negociais devem ter aplicação imediata.

Todavia, a ementa da decisão pode ser criticada por dois pontos. O primeiro aspecto é que a hipoteca não constitui um contrato, no sentido jurídico do termo, pois se trata de um direito real de garantia (art. 1.225, inc. IX, do CC de 2002). Assim, melhor falar em função social da propriedade.

O segundo ponto de crítica é que o fracionamento da hipoteca está no plano da eficácia desse negócio jurídico. Assim, é com base no art. 2.035, *caput*, do atual Código Civil que o fracionamento pode ocorrer, mesmo que o negócio tenha sido celebrado na vigência da lei anterior. A questão, portanto, não está relacionada com a validade do negócio, como faz crer a ementa, muito menos à função social do contrato, tratada pelo parágrafo único do art. 2.035, com o devido respeito à brilhante relatora do acórdão, uma das mais destacadas magistradas desse País.

8.3.9 Da extinção da hipoteca

A encerrar o estudo desse importante direito real de garantia, o Código Privado trata da extinção da hipoteca, nas seguintes situações descritas pelo art. 1.499 do CC/2002:

a) Pela extinção da obrigação principal (art. 1.499, inc. I, do CC).

A primeira hipótese de extinção da hipoteca envolve o desaparecimento da obrigação principal, pois, repise-se, a hipoteca não pode existir sozinha, diante do seu caráter acessório. Mais uma vez, aplica-se o *princípio da gravitação jurídica*, segundo o qual o acessório segue o principal.

A título de ilustração, imagine-se o caso em que a obrigação principal é extinta, por ser reconhecida como nula ou anulável. Ou, ainda, o fim da obrigação principal pelo seu pagamento direto ou indireto (*v.g.*, novação, compensação, remissão, confusão).

b) Pelo perecimento da coisa (art. 1.499, inc. II, do CC).

O perecimento ou perda do objeto da hipoteca gera a sua extinção, pelo desaparecimento da

finalidade da garantia. Em casos tais, caberá a substituição da garantia pelo devedor, sob pena de vencimento antecipado da obrigação principal, como visto anteriormente nesta obra. Concretizando, o Superior Tribunal de Justiça entende que a desapropriação do bem que garante a hipoteca gera o fim da garantia. Com destaque, vejamos a ementa:

"Agravo regimental. Recurso especial. Execução provisória. Tutela antecipada. Extinção da hipoteca. Ação de desapropriação. Aplicação do art. 849, II, do Código Civil de 1916, vigente à época dos fatos. Falta de prequestionamento dos dispositivos legais a despeito da oposição de embargos de declaração. Súmula n.º 211 do STJ. Razões de decidir. Ausência de impugnação. Súmula n.º 283 do STF. Reexame fático-probatório. Súmula n.º 7 do STJ. 1. Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal *a quo* (Súmula n.º 211/STJ).' 2. O Tribunal de origem asseverou que os bens incorporados à Fazenda Pública não podem ser objeto de reivindicação, ainda que fundada em nulidade do processo de desapropriação, nos termos do art. 35 do Decreto n.º 3.365/41, fundamento que não foi combatido nas razões do recurso especial. Incidência do enunciado n.º 283 da Súmula do STF. 3. O julgado estadual, com base nas provas dos autos, destacou que os recorridos consignaram caução equivalente a todo o crédito objeto da demanda principal e que, ocorrida a desapropriação, ambas as partes do litígio foram retiradas do domínio sobre o imóvel em questão, motivo pelo qual a decisão impugnada não acarretará prejuízo ao recorrente. Reexaminar a questão encontra o óbice de que trata a Súmula n.º 7 desta Corte. 4. Agravo regimental a que se nega provimento" (STJ, AgRg no REsp 574.206/SE, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, 4.ª Turma, j. 11.12.2012, *DJe* 01.02.2013).

Podem ser mencionados, ainda, os casos em que o bem hipotecado se perde por um desastre natural, fato totalmente externo a qualquer conduta do devedor, por caso fortuito ou força maior. Imagine-se que o imóvel é destruído pela fúria das águas ou por um incêndio. De toda sorte, a diminuição do valor da garantia não gera a extinção da hipoteca ou, em outras palavras, A redução do montante da hipoteca não induz à sua extinção (STJ, AgRg no Ag 494.872/PB, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, 3.ª Turma, j. 19.05.2005, *DJ* 13.06.2005, p. 290).

c) Extinção da hipoteca pela resolução da propriedade do bem hipotecado (art. 1.499, inc. III, do CC).

O inciso trata das hipóteses de propriedade resolúvel, prevista pelos arts. 1.359 e 1.360 da própria codificação. Essa, como visto, traduz a propriedade que pode ser extinta por motivo superveniente, pela ocorrência de uma condição (evento futuro e incerto) ou termo (evento futuro e certo).

Exemplificando, são negócios que envolvem propriedade resolúvel imóvel a alienação fiduciária em garantia e o *leasing*. Sendo paga a dívida pelo devedor, a propriedade do credor é extinta. Se este último deu o bem em garantia, finda estará a hipoteca.

Imagine-se, ainda, que um navio ou aeronave tenha sido objeto de uma venda com reserva de domínio, em que, igualmente, há propriedade resolúvel do vendedor e proprietário, que deu o bem em hipoteca. Se o comprador e devedor pagar integralmente a dívida, a propriedade do primeiro se resolve, desaparecendo a garantia real.

Por fim, pode ser citada uma doação com cláusula de reversão que tem por objeto um bem imóvel ou móvel (navio ou aeronave) dado em garantia pelo donatário. Se ocorrer o falecimento deste, o bem volta ao patrimônio do doador, resolvendo-se a propriedade e extinguindo-se a hipoteca.

d) Extinção pela renúncia do credor (art. 1.499, inc. IV, do CC).

Se assim pretender, o credor pode renunciar à garantia real, o que gera a sua extinção. Não se pode esquecer que a renúncia é um ato unilateral do beneficiado pelo direito, que não depende de

qualquer manifestação da outra parte. Como a própria propriedade pode ser renunciada, a garantia real igualmente admite essa forma de desaparecimento.

Diante dessa constatação categórica, observe-se que a hipótese desse inciso não é de remissão, que, como visto, representa a extinção da obrigação principal pelo perdão, que deve ser aceito pelo devedor. A remissão está tratada no primeiro inciso do comando ora estudado, pois representa o fim da obrigação principal por forma de pagamento indireto.

e) Pela remição ou resgate (art. 1.499, inc. V, do CC).

Conforme as hipóteses outrora estudadas em tópico próprio.

f) Pela arrematação ou adjudicação do bem hipotecado (art. 1.499, inc. VI, do CC).

Nos dois casos, a extinção da hipoteca se dá pelo desaparecimento do bem principal, diante de sua transmissão a terceiro ou pela aquisição pelo próprio credor, não havendo mais razão de ser para a garantia real.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça há muito tempo entende que pela arrematação extingue-se a hipoteca, não havendo nenhuma impugnação quanto à sua realização, com o que se admite tenha sido o credor hipotecário, intimado da realização da praça (STJ, REsp 139.101/ RS, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, 3.ª Turma, j. 24.11.1998, *DJ* 22.02.1999, p. 104). Ou, ainda, mais antigamente: "Civil. Processual civil. Arrematação. Bem hipotecado. A arrematação extingue a hipoteca, tanto que o credor hipotecário tenha sido intimado da realização da praça, posto que tem conteúdo de aquisição originária, livre dos ônus que anteriormente gravavam o bem por esse meio adquirido" (STJ, REsp 40.191/SP, Rel. Min. Dias Trindade, 4.ª Turma, j. 14.12.1993, *DJ* 21.03.1994, p. 5.490).

Em complemento, para a Corte Superior, a simples manifestação do credor hipotecário da existência de saldo devedor não caracteriza seu interesse para impedir a extinção da hipoteca pela arrematação do bem em outro processo executório (STJ, REsp 148.356/RS, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, 2.ª Turma, j. 14.06.1999, *DJ* 18.12.2000, p. 174).

Porém, não extinguirá a hipoteca, devidamente registrada, a arrematação ou adjudicação, sem que tenham sido notificados judicialmente os respectivos credores hipotecários, que não forem de qualquer modo partes na ação de execução hipotecária (art. 1.501 do CC/2002). A norma tem sua razão de ser, pela clara interação com o princípio da boa-fé objetiva, especialmente como dever anexo de informação, que deve informar os direitos reais de garantia. Aplicando esse preceito, cabe transcrever interessante acórdão do STJ:

> "Recurso especial. Ação de cobrança de cotas condominiais. Fase de execução. Negativa de prestação jurisdicional. Art. 535 do CPC. Não ocorrência. Deficiência na fundamentação do recurso. Súmula n.º 284/STF. Imóvel hipotecado. Arrematação. Intimação do credor hipotecário. Art. 1.501 do Código Civil. Sub-rogação do direito real no preço. Extinção da hipoteca. Responsabilidade por eventual saldo remanescente em favor do credor hipotecário imputada ao devedor originário, e não ao arrematante. 1. Não há falar em negativa de prestação jurisdicional se o tribunal de origem motiva adequadamente sua decisão, solucionando a controvérsia com a aplicação do direito que entende cabível à hipótese, apenas não no sentido pretendido pela parte. 2. Considera-se deficiente de fundamentação o recurso especial que, apesar de apontar os preceitos legais tidos por violados, não demonstra, de forma clara e precisa, de que modo o acórdão recorrido os teria contrariado, circunstância que atrai, por analogia, a Súmula n.º 284/STF. 3. O objetivo da notificação, de que trata o art. 1.501 do Código Civil, é levar ao conhecimento do credor hipotecário o fato de que o bem gravado foi penhorado e será levado à praça de modo que este possa vir a juízo em defesa de seus direitos, adotando as providências que entender mais convenientes,

dependendo do caso concreto. 4. Realizada a intimação do credor hipotecário, nos moldes da legislação de regência (artigos 619 e 698 do Código de Processo Civil), a arrematação extingue a hipoteca, operando-se a sub-rogação do direito real no preço e transferindo-se o bem ao adquirente livre e desembaraçado de tais ônus por força do efeito purgativo do gravame. 5. Extinta a hipoteca pela arrematação, eventual saldo remanescente em favor do credor hipotecário poderá ser buscado contra o devedor originário, que responderá pessoalmente pelo restante do débito (art. 1.430 do Código Civil). 6. Sem notícia nos autos de efetiva impugnação da avaliação do bem ou da arrematação em virtude de preço vil, não é possível concluir pela manutenção do gravame simplesmente porque o valor foi insuficiente para quitar a integralidade do crédito hipotecário. 7. Recurso especial conhecido em parte e, nessa parte, provido" (STJ, REsp 1.201.108/DF, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, 3.ª Turma, j. 17.05.2012, *DJe* 23.05.2012).

Por fim, extingue-se ainda a hipoteca com a averbação, no Registro de Imóveis, do cancelamento do registro, à vista da respectiva prova (art. 1.500 do CC). Com o cancelamento registral, o direito real deixa de ter efeitos *erga omnes*. Como bem explica Gladston Mamede, esse último preceito deve ser analisado como complementar ao dispositivo antecedente: "Dessa forma, é necessário averbar sua extinção, à vista da prova da extinção da obrigação principal, do perecimento da coisa, da resolução da propriedade, de sua remição ou da arrematação ou adjudicação; a extinção como que se prolonga até o cancelamento do registro público de sua existência" (MAMEDE, Gladston. *Código Civil Comentado*..., v. XIV, p. 458). Em suma, como pondera o jurista, enquanto não houver o registro do cancelamento, a hipoteca presume-se existente, de forma relativa.

8.4 DA ANTICRESE

8.4.1 Conceito, partes e estrutura

De acordo com a doutrina clássica, anticrese também vem do grego, de *anti* (em lugar de) + *chresis* (uso), "e se pode considerar: *a)* como contrato; *b)* como limitação de garantia à propriedade. Na primeira acepção, é um contrato pelo qual um devedor transfere a um credor a posse de um imóvel, para o fim de este lhe perceber frutos e rendas, com o encargo de os imputar sobre o débito até o completo pagamento. Na segunda acepção, se tem ensinado que a anticrese é o direito real sobre imóvel alheio, em virtude do que o credor obtém a posse da coisa, a fim de perceber-lhe os frutos e imputá-los no pagamento da dívida, juros, capital, sendo, porém, permitido estipular que furtos sejam, na sua totalidade, percebido à conta de juros" (LIMONGI FRANÇA, Rubens. *Instituições*..., 1999, p. 518).

A verdade é que a opção do Código Civil de 2002 – a exemplo de seu antecessor – foi a de tratar a anticrese como direito real, sendo, assim, a segunda acepção a correta, e a que deve ser seguida para os devidos fins de categorização. A anticrese é um direito real de garantia sobre coisa alheia.

A anticrese é um direito real de garantia pouco usual no Brasil, sendo certo que houve propostas de sua retirada quando da elaboração do Código Civil Brasileiro de 2002, conforme bem apontam Jones Figueirêdo Alves e Mário Luiz Delgado, que participaram do seu processo de elaboração (*Código*..., 2005, p. 755). De fato, o instituto continua não tendo concreção na vigência da atual codificação, relevando-se uma categoria quase inútil e com pouca ou nenhuma incidência prática.

Por meio desse direito real de garantia, um imóvel é dado em garantia e transmitido do devedor, ou por terceiro, ao credor, podendo o último retirar da coisa os frutos para o pagamento da dívida, em havendo uma compensação. Como se percebe, a anticrese está *no meio do caminho* entre o penhor e a hipoteca, tendo características de ambos. Com a hipoteca tem em comum o fato de recair

sobre imóveis, como é corriqueiro. Do penhor, há a similaridade em relação à transmissão da posse. De diferente, a retirada dos frutos do bem. Assim pode ser explicada, em poucas palavras, a sua estrutura interna.

Recaindo sobre imóvel, a anticrese depende do registro do título gerador no Cartório de Registro de Imóveis. Assim deduzindo: "Agravo regimental no agravo de instrumento. Direito civil. Anticrese. Direito real sobre imóvel. Aquisição. Registro. 1. A anticrese, direito real sobre imóvel, nos termos do art. 1.225 do CC, só se adquire com o registro no Cartório de Registro de Imóveis. 2. A pretensão de simples reexame de provas, além de escapar da função constitucional deste Tribunal, encontra óbice na Súmula 7 do STJ, cuja incidência é induvidosa no caso presente. 3. Agravo regimental a que se nega provimento" (STJ, AgRg no Ag 1.185.129/SP, Rel. Min. Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora Convocada do TJ/PE), 6.ª Turma, j. 19.02.2013, *DJe* 12.03.2013).

São partes da anticrese: *a)* o devedor anticrético – aquele que dá o imóvel em garantia, transferindo a posse ao credor; e *b)* o credor anticrético – recebe o imóvel em garantia, ficando com a sua posse e dele retirando os seus frutos.

A estrutura da anticrese fica clara pelo art. 1.506 do CC/2002, segundo o qual pode o devedor ou outrem por ele, com a entrega do imóvel ao credor, ceder-lhe o direito de perceber, em compensação da dívida, os frutos e rendimentos. A lei permite estipular que os frutos e rendimentos do imóvel sejam percebidos pelo credor à conta de juros. Contudo, se o seu valor ultrapassar a taxa máxima permitida em lei para as operações financeiras, o remanescente será imputado ao capital (art. 1.506, § 1.º, do CC).

Deve ficar claro que o imóvel dado em anticrese pode ser hipotecado pelo devedor ao credor anticrético, ou a terceiros, assim como o imóvel hipotecado poderá ser dado em anticrese (art. 1.506, § 2.º, do CC). Isso é perfeitamente possível, uma vez que o imóvel pode ser objeto de várias hipotecas, não havendo qualquer problema em conjugar os direitos reais de garantia sobre ele.

Insta comentar o início da última norma, que tem a seguinte redação, com destaque: *"Quando a anticrese recair sobre bem imóvel*, este poderá ser hipotecado pelo devedor ao credor anticrético, ou a terceiros, assim como o imóvel hipotecado poderá ser dado em anticrese". Para Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, o legislador deixou em aberto a possibilidade de o instituto recair sobre bens móveis, como situação de *anticrese atípica* (FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. Curso..., 2012, v. 5, p. 941). Em sentido próximo, Gladston Mamede interpreta que a anticrese pode recair sobre qualquer bem passível de hipoteca, inclusive móveis, como são os navios e aeronaves (*Código*..., 2003, v. XIV, p. 472).

Com o devido respeito, não se pode interpretar literalmente o preceito. Pela própria estrutura da categoria, tal direito real somente recai sobre bens imóveis, tendo sido infeliz o legislador na sua dicção. A própria sistemática da anticrese, estudada a seguir, parece ser incompatível com a funcionalidade dos navios e aeronaves. Como costume dizer em aulas e exposições, em alguns casos, o legislador traz palavras inúteis e sem sentido.

8.4.2 Regras fundamentais da anticrese

Analisada a estrutura interna desse impopular direito real de garantia, vejamos suas regras

fundamentais. A gerar o grande problema prático da anticrese, dispõe o art. 1.507 do CC/2002 que o credor anticrético pode administrar o imóvel dado em anticrese e fruir seus frutos e utilidades. Para tanto, deverá o credor administrador apresentar balanço anual, exato e fiel, de sua administração. Se o devedor anticrético não concordar com o que se contém no balanço, por ser inexato, ou ruinosa a administração, poderá impugná-lo, e, se o quiser, requerer a transformação em arrendamento, fixando o juiz o valor mensal do aluguel, o qual poderá ser corrigido anualmente (§ 1.º).

Em complemento, o credor anticrético pode, salvo pacto em sentido contrário, arrendar os bens dados em anticrese a terceiro, mantendo, até ser pago, direito de retenção do imóvel, embora o aluguel desse arrendamento não seja vinculativo para o devedor (§ 2.º do art. 1.507).

Todo esse detalhamento é de difícil concretização prática, especialmente diante da nomeação de um administrador para o imóvel. Também a acarretar problemas práticos, enuncia o Código Civil que o credor anticrético responde pelas deteriorações que, por culpa sua, o imóvel vier a sofrer, e pelos frutos e rendimentos que, por sua negligência, deixar de perceber (art. 1.508). Os problemas existem, uma vez que, na prática, as relações entre as partes já não são favoráveis em sua origem – pois são credor e devedor –, podendo a norma servir para *atos de chicana* ou de emulação entre elas.

Em casos tais, mais uma vez, entra em cena a norma que consagra o abuso de direito como ato ilícito, a gerar a responsabilidade civil daquele que atua em desrespeito à função social da posse e da propriedade, à boa-fé objetiva e aos bons costumes (art. 187 do CC/2002).

O credor anticrético pode vindicar os seus direitos contra o adquirente dos bens, os credores quirografários e os hipotecários posteriores ao registro da anticrese, o que ressalta o caráter real do instituto (art. 1.509, *caput*, do CC). Além da possibilidade de propositura de uma ação reivindicatória, são cabíveis as ações possessórias, até porque o credor é detentor de posse direta sobre o imóvel.

Se o credor anticrético executar os bens por falta de pagamento da dívida, ou permitir que outro credor o execute, sem opor o seu direito de retenção ao exequente, não terá preferência sobre o preço (art. 1.509, § 1.º, do CC/2002). Além disso, a norma consagra que o credor anticrético não terá preferência sobre a indenização do seguro, quando o prédio seja destruído, nem, se forem desapropriados os bens, com relação à desapropriação, o que limita os seus direitos (art. 1.509, § 2.º, do CC).

Por fim, como inovação, admite-se a *remição* ou resgate da anticrese pelo adquirente do imóvel dado em anticrese, antes do vencimento da dívida. Isso é possível se o adquirente pagar a totalidade da dívida na data do pedido de remição, imitindo-se na posse do bem (art. 1.510 do CC). Como se nota, a remição anticrética apresenta similaridades com a prevista para a hipoteca.

RESUMO ESQUEMÁTICO

Teoria geral
(Regras gerais e efeitos)

- Legitimação – só daquele que pode alienar
- Dos bens – bens alienáveis
- Indivisibilidade dos direitos reais de garantia – art. 1.421 do CC
- Direito de sequela – acompanha a coisa
- Direito de preempção ou preferência – art. 1.422 do CC
- Vencimento antecipado da dívida – art. 1.425 do CC
- Nulidade do pacto comissório real – art. 1.428 do CC
- Efeitos *erga omnes* (contra todos)

Penhor

Partes
- Credor pignoratício
- Devedor pignoratício

– Bens móveis – com transferência da posse, em regra

– Modalidades
- Penhor convencional comum
- Penhor rural
  - Penhor agrícola
  - Penhor pecuário
- Penhor industrial e mercantil
- Penhor de direitos e de títulos de crédito
- Penhor de veículos
- Penhor legal

– Extinção – deve ser registrada (arts. 1.436 e 1.437)
- Extinção da obrigação principal
- Perecimento da coisa
- Renúncia do credor
- Confusão obrigacional
- Adjudicação, remição ou venda da coisa empenhada

QUESTÕES CORRELATAS

1. (Magistratura Rondônia – PUC/PR/2011) Assinale a única alternativa CORRETA.

(A) Constituirá condomínio necessário sobre parede, muro ou cerca quando um dos proprietários tiver o direito de estremar o imóvel demarcando dois prédios, exceto se o que não realizou a obra não concorrer com as despesas.

(B) O direito de construir ou plantar em terreno alheio, estatuído em escritura pública devidamente registrada no Cartório de Registro de Imóveis, autoriza obras também no subsolo, independentemente do objeto da concessão.

(C) O usufruto pode recair em um ou mais bens, móveis ou imóveis, em um patrimônio inteiro, ou parte deste, mas, em qualquer caso, a percepção dos frutos e utilidades sempre recairá sobre o todo objeto do direito real.

(D) A dívida garantida por penhor, anticrese ou hipoteca considera-se vencida se o bem dado em garantia vier a perecer e não for substituído.

(E) Bem imóvel dado em anticrese não pode ser objeto de hipoteca, exceto em favor do credor anticrético.

2. (Juiz de Direito/TJ-GO – 2007) Assinale a afirmação errada: Se o prédio estiver hipotecado, o penhor rural:

(A) poderá ser instituído independentemente da anuência do credor hipotecário.

(B) não poderá ser instituído.

(C) não prejudicará o direito de preferência do credor hipotecário.

(D) não restringirá a extensão da hipoteca, ao ser executada.

3. (Juiz de Direito/TJ-PR – 2007) Antônio é proprietário de um bem de raiz sobre o qual, em 1.º de maio de 2006, foi constituída hipoteca em favor de Beatriz. A hipoteca está a garantir dívida contraída por César junto a Beatriz, que somente vencerá em 2 de janeiro de 2009. Antônio contrai dívida com Daniela em 1.º de junho de 2007, constituindo, na mesma data, segunda hipoteca sobre o mesmo bem. A dívida de Antônio com Daniela venceu ontem, e não foi paga pelo devedor. Antônio e César não são insolventes. Diante dos fatos narrados, assinale a alternativa correta:

(A) A segunda hipoteca é nula, pois não se admite mais de uma hipoteca sobre o mesmo bem.

(B) A primeira hipoteca é nula, pois não se admite hipoteca em garantia de dívida de terceiro.

(C) Daniela poderá executar o imóvel imediatamente, obtendo para si o valor do bem, até o limite de seu crédito, restando o remanescente gravado de hipoteca em favor de Beatriz.

(D) O segundo credor hipotecário pode remir a primeira hipoteca quando, no seu vencimento, o devedor não se oferecer para pagá-la.

4. (Procurador da Fazenda Nacional – 2007) São hipotecáveis:

(A) os imóveis e seus acessórios; o domínio direto e o útil; estrada de ferro; as jazidas, minas, pedreiras e demais recursos minerais, independentemente do solo em que se acham; os navios e as aeronaves.

(B) os imóveis; o domínio direto; o direito de uso especial para fins de moradia, as estradas de ferro, os navios, as aeronaves e o direito real de uso.

(C) os imóveis e os seus acessórios; as jazidas, minas, pedreiras e demais recursos minerais; a propriedade superficiária; as estradas de ferro, os navios e as aeronaves.

(D) os imóveis e os acessórios dos imóveis, conjuntamente com eles; o domínio direto e o domínio útil; as estradas de ferro; as jazidas, minas, pedreiras e demais recursos minerais, potenciais de energia hidráulica, independentemente do solo em que se acham; os navios; as aeronaves; o direito de uso especial para fins de moradia; o direito real de uso e a propriedade superficiária.

(E) os imóveis; o domínio direto e o útil; as estradas de ferro; as jazidas, minas, pedreiras e demais recursos minerais, potenciais de energia hidráulica, independentemente do solo em que se acham; aeronaves; navios, o direito real de uso e a propriedade superficiária.

5. (MP/MG – 2011) Pelo Código Civil, NÃO é considerado direito real:

(A) concessão de uso especial para fins de moradia.

(B) energia que tenha valor econômico.

(C) direito do promitente comprador do imóvel.

(D) hipoteca.

6. (Notários/TJ-AM – 2005) A respeito de hipoteca, assinale a alternativa que não encontra respaldo no Código Civil.

(A) A hipoteca extingue-se pela resolução da propriedade.

(B) O registro da hipoteca legal vale mesmo depois de extinta a obrigação, sendo que a sua especialização deve ser renovada de cinco em cinco anos.

(C) As hipotecas são registradas no cartório do lugar do imóvel, ou no de cada um deles, se o título se referir a mais de um.

(D) A Lei confere hipoteca ao credor sobre o imóvel arrematado para garantia do pagamento do restante do preço da arrematação.

(E) A hipoteca extingue-se pela remissão.

7. (Juiz de Direito/TJ-GO – 2006) Assinale a alternativa falsa:

(A) nas dívidas garantidas por penhor, anticrese ou hipoteca, o bem dado em garantia fica sujeito, por vínculo real, ao cumprimento da obrigação;

(B) o credor pignoratício tem direito, dentre outros, à posse da coisa empenhada e a apropriar-se dos frutos da coisa empenhada que se encontrar em seu poder;

(C) os navios e as aeronaves podem ser objeto de hipoteca;

(D) a lei não confere hipoteca ao coerdeiro, mesmo que para garantia do seu quinhão ou torna da partilha, sobre imóvel adjudicado ao herdeiro reponente.

8. (Ministério Público/SP – 2011) A respeito de direitos reais, é correto afirmar:

(A) o direito real não se adquire pela ocupação.

(B) o direito de superfície sobre imóveis rurais pode ser concedido por prazo indeterminado.

(C) o exercício do usufruto não é transferível a título oneroso.

(D) o prazo máximo do contrato de penhor de veículos é de 4 (quatro) anos.

(E) o adquirente de imóvel hipotecado não pode se exonerar da hipoteca.

9. (Juiz de Direito/TJ-RS – 2003) Assinale a assertiva correta.

(A) Adquire-se a propriedade do bem imóvel sem dono assenhoreando-se da coisa como sua, contínua e incontestadamente, durante 3 (três) anos.

(B) A hipoteca pode ser, excepcionalmente, adquirida via usucapião.

(C) O reivindicante obrigado a indenizar benfeitorias ao possuidor de boa-fé poderá optar entre o valor atual e o custo da benfeitoria.

(D) Na constituição do penhor industrial, a tradição efetiva da coisa empenhada é desnecessária.

(E) O credor anticrético tem direito de excutir a coisa dada em anticrese.

10. (MAGISTRATURA/BA – CESPE/2012) Em relação aos direitos reais de garantia, assinale a opção correta.

(A) O prazo para pagamento, se não constar no contrato de hipoteca, será determinado pelos usos do lugar hipotecado.

(B) Se o valor do bem dado em garantia por terceiro não satisfizer a dívida, o terceiro continuará obrigado pelo restante da dívida.

(C) O condômino que deseje dar em garantia sua parte ideal necessitará do consentimento dos demais condôminos.

(D) Sendo divisível o bem dado em garantia, esta será paulatinamente extinta pela amortização da dívida.

(E) É nulo o pacto comissório, mas, vencida a dívida, o devedor poderá dar a coisa em pagamento.

11. (Procurador/DF – 2004) Quanto aos direitos reais de garantia, é correto afirmar:

(A) é nula a cláusula que autoriza o credor pignoratício, anticrético ou hipotecário a ficar com o objeto da garantia, se a dívida não for paga no vencimento, sendo, contudo, tolerado que, após o vencimento, possa o devedor dar a coisa em pagamento da dívida.

(B) os bens hipotecados são impenhoráveis.

(C) o penhor de veículos, para se aperfeiçoar, exige a tradição da coisa empenhada.

(D) a garantia real é, em regra, divisível, isto é, o pagamento de uma ou mais prestações da dívida importa exoneração

correspondente da garantia, mormente se esta compreender vários bens, independentemente de disposição expressa no título ou na quitação.

(E) quando, excutido o penhor, ou executada a hipoteca, ainda que o produto não baste para pagamento da dívida e despesas judiciais, estará o devedor exonerado do restante do débito.

12. (Procurador do Município de Manaus – 2006) Com relação à hipoteca, de acordo com o Código Civil, é certo que

(A) mediante simples averbação, requerida por ambas as partes, poderá prorrogar-se a hipoteca, até 30 (trinta) anos da data do contrato.

(B) não podem ser objeto de hipoteca o domínio direto, o domínio útil e as estradas de ferro, tratando-se de exceções previstas na legislação.

(C) a hipoteca abrange apenas algumas acessões, melhoramentos ou construções do imóvel.

(D) o dono do imóvel hipotecado não pode constituir outra hipoteca sobre ele, mediante novo título, em favor do mesmo credor.

(E) é anulável a cláusula que proíbe ao proprietário alienar imóvel hipotecado, sendo defeso, inclusive, convencionar-se que vencerá o crédito hipotecário, se o imóvel for alienado.

13. (Procurador do Estado/CE – 2004) A respeito dos direitos reais, assinale a opção correta.

(A) Se o proprietário de bem dado em garantia real alienar o aludido bem antes do termo de pagamento, a alienação é válida, porém, ineficaz perante o credor.

(B) O usufruto vidual é uma modalidade de usufruto legal resultante do direito sucessório em favor do cônjuge viúvo sobre um quarto dos bens do falecido na concorrência com seus descendentes.

(C) Somente o usufrutuário é responsável perante o condomínio pelo pagamento do débito relativo às despesas condominiais, pelo fato de ser o usufrutuário responsável legalmente pelas despesas de conservação e pelos impostos devidos pela posse da coisa.

(D) O resgate da hipoteca pelo credor da segunda hipoteca acarreta a extinção do ônus real, ou seja, libera o imóvel onerado, mediante o pagamento da quantia devida.

(E) É válida a cláusula contratual que autoriza o credor pignoratício a ficar com o bem empenhado se a dívida não for paga no vencimento.

14. (MAGISTRATURA/PR – 2012) Assinale a alternativa correta.

(A) Não é facultado ao adquirente de bens dados em anticrese remi-los antes do vencimento da dívida.

(B) A cláusula que autoriza o credor pignoratício, anticrético ou hipotecário a ficar com o objeto da garantia caso a dívida não seja paga no vencimento é anulável.

(C) É facultado ao dono do prédio serviente obstar o exercício legítimo da servidão caso queira.

(D) Resolvida a propriedade pelo implemento da condição ou pelo advento do termo, entendem-se também resolvidos os direitos reais concedidos na sua pendência, e o proprietário, em cujo favor se opera a resolução, pode reivindicar a coisa do poder de quem a possua ou detenha.

15. (Procurador Federal/AGU – 2007) A respeito dos direitos reais, julgue o item a seguir:

Segundo a Súmula do STJ, a hipoteca firmada entre a construtora e o agente financeiro, anterior ou posteriormente à celebração da promessa de compra e venda, não tem eficácia perante os adquirentes do imóvel.

16. (Juiz Federal/TRF 5.ª Região – 2007) Quanto aos direitos reais e à posse, julgue o item seguinte:

A hipoteca é um direito real, inscrito no registro imobiliário, que se adere à coisa, assegurando ao credor o cumprimento da obrigação pelo devedor, e, por ser um direito de garantia indivisível, confere-lhe, ainda, o direito de perseguir a coisa em mãos de quem quer que se encontre, até que seu crédito seja plenamente satisfeito.

17. (Procurador do Estado/AP – 2006) Julgue o item seguinte, a respeito do direito das coisas:

A hipoteca é direito real de garantia sobre coisa alheia, constitui um vínculo real que acompanha a coisa e que tem efeitos erga omnes, dando direito de excussão ao credor hipotecário contra quem esteja com o bem.

18. (Juiz Federal/TRF 5.ª Região – 2006) A respeito do direito das coisas, julgue o seguinte item:

A preferência de pagamento das hipotecas entre vários credores hipotecários se dá pela ordem de vencimento do título constitutivo, ou seja, paga-se integralmente ao credor hipotecário cujo título vença primeiro. Após satisfeito o primeiro credor, paga-se ao segundo, e, posteriormente, ao terceiro, conforme a ordem cronológica do vencimento do título.

19. (AGU – 2005) Acerca dos direitos reais e dos registros públicos, julgue o item que se segue:

É incabível a penhora sobre parte ideal de bem imóvel hipotecado, em execução movida a um dos coproprietários, pois a indivisibilidade do bem acarreta a indivisibilidade da garantia real.

20. (MAGISTRATURA FEDERAL TRF 5 – CESPE – 2013) No que se refere aos direitos reais, assinale a opção correta.

(A) A legislação civil consagra requisitos específicos para o negócio jurídico constitutivo de penhor, anticrese ou hipoteca, visando a sua especialização, e, à luz da jurisprudência do STJ, a falta desses requisitos gera a nulidade do direito real.

(B) O compromisso de compra e venda de imóvel, devidamente registrado na matrícula constante do registro de imóveis competente, transforma o contrato preliminar em direito real de aquisição em favor do comprador, inserindo-se no rol dos direitos reais de gozo ou fruição.

(C) A propriedade superficiária não pode ser, de forma autônoma, objeto de direitos reais de gozo e de garantia, como é o caso, por exemplo, da hipoteca.

(D) A servidão e a passagem forçada, institutos previstos na codificação civil, não se confundem. A servidão, em razão de sua natureza, é compulsória e exige o pagamento de indenização, enquanto a passagem forçada, instituto afeto ao direito de vizinhança, é facultativa.

(E) O usufruto é inalienável, mas é possível ceder o exercício do bem usufrutuário em comodato ou locação.

21. (Procurador da Fazenda Nacional – ESAF 2013) Os direitos reais estão divididos em direitos reais sobre a própria coisa e direitos reais sobre a coisa alheia. Nestes se incluem os institutos do penhor, da hipoteca e da anticrese, que são os direitos reais de garantia. Relativamente aos direitos reais de garantia, marque a opção incorreta.

(A) O credor hipotecário e o pignoratício têm o direito de excutir a coisa hipotecada ou empenhada, e preferir, no pagamento, a outros credores, observada, quanto à hipoteca, a prioridade no registro.

(B) O credor anticrético tem o direito a reter em seu poder o bem, enquanto a dívida não for paga; extingue-se esse direito decorridos quinze anos da data de sua constituição.

(C) O penhor de crédito não tem eficácia senão quando notificado ao devedor; por notificado tem-se o devedor que, em instrumento público ou particular, declarar-se ciente da existência do penhor.

(D) É lícito aos interessados fazer constar das escrituras o valor entre si ajustado dos imóveis hipotecados, o qual, devidamente atualizado, será a base para as arrematações, adjudicações e remições, dispensada a avaliação.

(E) A hipoteca legal pode ser substituída por caução de títulos da dívida pública federal ou estadual, recebidos pelo valor de sua cotação média de mercado no ano corrente; ou por outra garantia, a critério do juiz, a requerimento do credor.

22. (MAGISTRATURA/BA – CESPE/2012) Em relação aos direitos reais de garantia, assinale a opção correta.

(A) O prazo para pagamento, se não constar no contrato de hipoteca, será determinado pelos usos do lugar hipotecado.

(B) Se o valor do bem dado em garantia por terceiro não satisfizer a dívida, o terceiro continuará obrigado pelo restante da dívida.

(C) O condômino que deseje dar em garantia sua parte ideal necessitará do consentimento dos demais condôminos.

(D) Sendo divisível o bem dado em garantia, esta será paulatinamente extinta pela amortização da dívida.

(E) É nulo o pacto comissório, mas, vencida a dívida, o devedor poderá dar a coisa em pagamento.

GABARITO

1 – D	2 – B	3 – D	4 – D

5 – B	6 – B	7 – D	8 – D
9 – D	10 – E	11 – A	12 – A
13 – A	14 – D	15 – Certa	16 – Certa
17 – Certa	18 – Errada	19 – Certa	20 – E
21 – E	22 – E		

A ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA

Sumário: 9.1 Introdução. A propriedade fiduciária. Conceito, evolução legislativa e natureza jurídica – 9.2 Regras da propriedade fiduciária no Código Civil de 2002 – 9.3 A alienação fiduciária de bens móveis. Regras previstas no decreto-lei 911/1969. A questão da prisão civil do devedor fiduciante – 9.4 A alienação fiduciária em garantia de bens imóveis. Regras previstas na Lei 9.514/1997 – Resumo esquemático – Questões correlatas – Gabarito.

9.1 INTRODUÇÃO. A PROPRIEDADE FIDUCIÁRIA. CONCEITO, EVOLUÇÃO LEGISLATIVA E NATUREZA JURÍDICA

Para a compreensão inicial da alienação fiduciária em garantia, é preciso expor a evolução legislativa do instituto, particularmente da propriedade fiduciária. A questão da propriedade fiduciária foi disciplinada, no Brasil, inicialmente, pelo art. 66 da Lei 4.728/1965, cujo objeto é o mercado de capitais, visando ao seu desenvolvimento.

De forma sucessiva, em 1969, a norma sofreu importantes alterações por força do Decreto-lei 911/1969 que modificou o referido art. 66 e introduziu nova disciplina processual no tocante à busca e apreensão do bem alienado. O objetivo da alienação fiduciária em garantia era estimular o consumo de bens de capital móveis e duráveis, tais como eletrodomésticos e veículos, dentre outros.

Por meio da alienação fiduciária, o bem a ser adquirido passa a ser da empresa credora, que tem a sua propriedade resolúvel; ficando o devedor com a posse da coisa na qualidade de depositário. O que se percebia, com o surgimento do instituto, era a existência de duas grandes vantagens para o credor fiduciário.

A primeira vantagem referia-se ao fato de o credor tornar-se proprietário do bem adquirido, e não mero detentor de direito real sobre a coisa. Isso já fazia com que, por exemplo, no caso de eventual falência do devedor, o bem não pertencesse à massa falida, mas poderia ser exigido pelo credor. Nesse sentido, determinava, e ainda determina, o art. 7.º do Decreto-lei 911/1969 que, "na falência do devedor alienante, fica assegurado ao credor ou proprietário fiduciário o direito de pedir, na forma prevista na lei, a restituição do bem alienado fiduciariamente". Entretanto, como será exposto, o credor não pode ficar com o bem de forma definitiva, devendo providenciar a sua venda.

A segunda vantagem para o credor era a equiparação do devedor a um depositário. Por isso, se o objeto adquirido perecesse, poderia o devedor ser preso civilmente, na condição de depositário infiel. O receio da prisão *fazia* com que o devedor cuidasse do bem com máxima diligência, assegurando ao credor maiores possibilidades de encontrar a garantia em caso de inadimplemento e posterior busca e apreensão. É importante deixar consignado que os verbos são utilizados no passado, pois foi substancialmente alterado o panorama jurisprudencial a respeito dessa prisão civil do devedor fiduciário.

Para o devedor, a alienação também trazia apenas uma vantagem. Como o bem em garantia dificilmente se perde e o credor assume menores riscos no empréstimo, os juros desta modalidade se mostravam, no passado, mais atraentes e menores para o devedor. Com essas vantagens, notou-se um crescimento na utilização da categoria, em especial para a aquisição de veículos e outros bens de consumo.

Nas décadas passadas, a alienação fiduciária tornou-se tão eficiente que os agentes financeiros passaram a utilizá-la não nas hipóteses de compra de bens duráveis, mas sim como uma nova forma de garantia real, na qual o devedor transferia a propriedade de certo bem ao credor. Passou-se a inverter a alienação, pois o devedor transmite bem de sua propriedade ao credor, em garantia. Diante dessa transmissão, debateu-se, no passado, a validade e eficácia dessa garantia. Pacificando a matéria, em 1991, o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula 28, prescrevendo que "O contrato de alienação fiduciária pode ter por objeto bem que já integrava o patrimônio do devedor".

A existência de um direito real de garantia – não sobre coisa alheia, mas sobre coisa própria – justifica o tratamento da categoria nesta obra, no seu último capítulo. É notório que a alienação fiduciária em garantia é tratada por muitos como contrato, notadamente como um contrato empresarial. Porém, conforme se retira do pensamento dos civilistas, em sua maioria, a alienação fiduciária em garantia não constitui um *contrato*, no sentido categórico e jurídico do termo, eis que o instituto se situa dentro do Direito das Coisas. É verdade que, no geral, a alienação fiduciária é instituída por contrato, no sentido de negócio ou instrumento negocial, mas não se pode enquadrá-la como um direito pessoal de caráter patrimonial.

Pois bem, de volta ao estudo de sua evolução legislativa, note-se que, até a década de 1990, a alienação fiduciária estava restrita aos bens móveis, diante da redação do *caput* do art. 66-A, inserido na Lei 4.728/1965 pela Medida Provisória 2.160-50/2001. Esclareça-se que a última norma não mencionava se o bem móvel poderia ser também fungível ou substituível. De qualquer modo, já não se admitia a alienação fiduciária de bem fungível, diante das dificuldades de sua individualização, requisito essencial à especialização da garantia real. Essa era a posição da doutrina e da jurisprudência.

No ano de 1997, surge a Lei 9.514 para cuidar exclusivamente da alienação fiduciária de bens imóveis. Com isso, a alienação fiduciária ganhou novo campo, mormente por vantagens trazidas pela nova norma, destacando-se o leilão extrajudicial do bem garantido, tema que ainda será abordado neste capítulo.

Com a edição do Código Civil de 2002, a alienação fiduciária recebeu um tratamento indireto, uma vez que a propriedade fiduciária passou a compor a norma geral privada, diante das regras inseridas entre os arts. 1.361 e 1.368-A, com as alterações posteriores pela Lei 10.931/2004. A atual codificação restringe a propriedade fiduciária aos bens móveis, conforme a dicção do seu primeiro comando citado do CC/2002, que enuncia no seu *caput*: "Considera-se fiduciária a propriedade resolúvel de coisa móvel infungível que o devedor, com escopo de garantia, transfere ao credor".

Do ponto de vista da incidência das normas, frise-se que todas as leis especiais referentes à propriedade fiduciária de bens móveis, contidas na Lei 4.728/1965 e no Decreto-lei 911/196, são aplicáveis apenas às instituições financeiras e pessoas jurídicas equiparadas, caso das empresas de consórcio, e, portanto, as demais pessoas físicas ou jurídicas não podem celebrar alienação fiduciária em garantia. De qualquer modo, o Código Civil de 2002 possibilita a qualquer pessoa

física ou jurídica a celebração de negócio jurídico pelo qual se dá em garantia certo bem móvel e infungível como propriedade fiduciária. Assim, a codificação tem incidência para as alienações fiduciárias de bens móveis celebradas por outras pessoas, que não as instituições financeiras.

Por outra via, a alienação fiduciária de bens imóveis, apesar de estar inserida na lei que disciplina o Sistema de Financiamento Imobiliário, não está restrita às empresas financeiras ou fornecedoras de crédito. Como é notório, estabelece o art. 22, § 1.º, da Lei 9.514/1997 que "A alienação fiduciária poderá ser contratada por pessoa física ou jurídica, não sendo privativa das entidades que operam no SFI, podendo ter como objeto, além da propriedade plena, os bens enfitêuticos, o direito de uso especial para fins de moradia, o direito real de uso, desde que suscetível de alienação e, por fim, a propriedade superficiária" (conforme a redação dada pela Lei 11.481/2007).

Constata-se que a compreensão do instituto passa por uma interação necessária entre os citados comandos legais, a par da ideia de *diálogo das fontes*. A respeito dessa integração legislativa, é claro o art. 1.368-A do CC/2002, incluído pela Lei 10.931/2004, ao prever que as demais espécies de propriedade fiduciária ou de titularidade fiduciária não previstas pela codificação submetem-se à disciplina específica das respectivas leis especiais. Enuncia, ainda, o comando que somente se aplicam as disposições do CC/2002 naquilo que não for incompatível com a legislação especial. Em suma, a codificação privada tem caráter subsidiário em relação à tipologia do instituto.

Ademais, não se pode esquecer que a alienação fiduciária em garantia, em regra, constitui um negócio jurídico de consumo, subsumindo-se a Lei 8.078/1990. O próprio art. 53 do CDC, dispositivo que ainda será analisado, menciona a alienação fiduciária em garantia, ao prever a nulidade absoluta da cláusula de perda de todas as parcelas pagas, em caso de inadimplemento.

Encerrando o estudo inaugural da evolução legislativa, deve ser citada a Lei 10.931/2004 (conhecida como *Lei do Pacote Imobiliário*), que alterou novamente a Lei 4.728/1965 e criou o art. 66-B. Com isso, passou a admitir a alienação fiduciária bens móveis e fungíveis (§ 3.º), bem como alterou as disposições processuais contidas no Decreto-lei 911/1969 e vários dispositivos referentes à Lei 9.514/1997, temas que ainda serão abordados nesta seção.

Superado esse tema, é preciso abordar o conceito e a natureza jurídica da alienação fiduciária em garantia. De início, devem ser estudados alguns institutos correlatos.

Relativamente ao *negócio fiduciário*, ensina Melhim Namen Chalhub que "A figura do negócio fiduciário, paralelamente à do negócio jurídico indireto, surgiu no final do século XIX, a partir da construção doutrinária de juristas alemães e italianos, pela qual se utiliza a transmissão do direito de propriedade com escopo de garantia, a exemplo do que já ocorria com a fidúcia romana e com o penhor da propriedade do direito germânico. O marco inicial da doutrina moderna do negócio fiduciário está na obra de Regelsberger, que o define em 1880 como 'um negócio seriamente desejado, cuja característica consiste na incongruência ou heterogeneidade entre o escopo visado pelas partes e o meio jurídico empregado para atingi-lo'" (*Negócio fiduciário...*, 2006, p. 41). Para o jurista, encabeçando a doutrina majoritária, a *alienação fiduciária em garantia* constitui modalidade de *negócio fiduciário*, pelas seguintes razões (*Negócio fiduciário...*, 2006, p. 154):

a) O fiduciário sempre deve agir com lealdade, devolvendo a propriedade assim que ocorra a condição suspensiva.

b) A transmissão da propriedade ocorre em dois momentos. De início, como garantia ao fiduciário, de forma transitória e temporária. Depois, se o fiduciante cumprir com as obrigações assumidas, o bem lhe retornará de forma automática, independentemente de

qualquer interpelação.

Além do conceito de *negócio fiduciário*, é interessante verificar a utilização do termo *propriedade fiduciária*. Enquanto a legislação extravagante como um todo se utiliza do termo *alienação fiduciária em garantia*, o Código Civil em vigor optou por utilizar aquela expressão. A razão da codificação de 2002 utilizar *propriedade fiduciária* e não *alienação* remonta às diferenças conceituais envolvendo os institutos em questão.

De acordo com o que disciplina a Lei 9.514/1997, a alienação fiduciária em garantia ocorre quando o devedor – ou fiduciante –, com o escopo de garantia, contrata a transferência ao credor – ou fiduciário –, a propriedade resolúvel de coisa imóvel (art. 22). De fato, a alienação fiduciária pressupõe a transferência da propriedade por meio de um negócio jurídico obrigacional, um contrato em sentido de instrumento negocial.

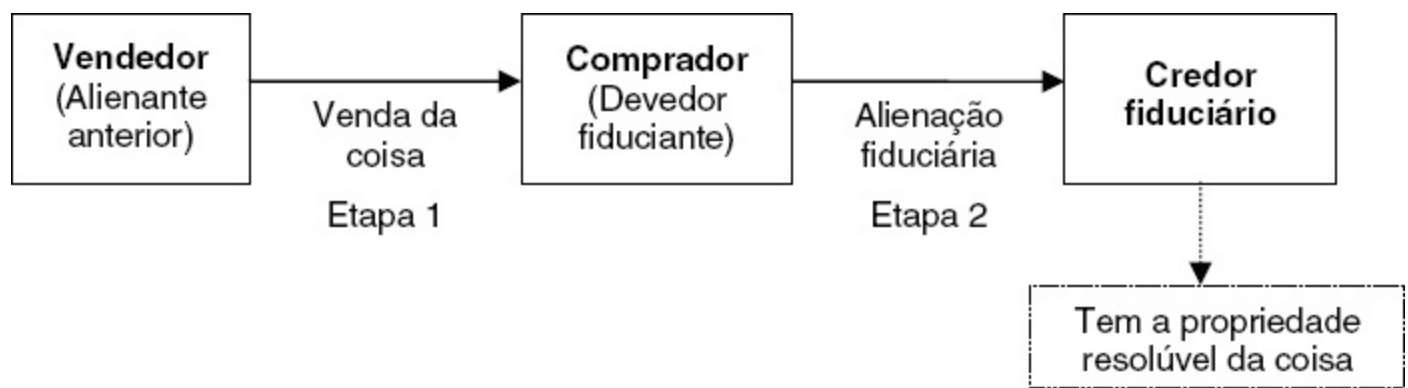
A *alienação fiduciária* é a convenção que somente produz efeitos entre os negociantes, tendo efeitos contratuais. Como consequência, com a alienação surge a *propriedade fiduciária*, esta sim um direito real de garantia que produz efeitos *erga omnes* e por isso necessita de algumas formalidades para existir. Extrapola-se o campo obrigacional para se adentrar no terreno dos direitos reais.

Nesse sentido, pode-se denominar o negócio jurídico existente entre as partes de *alienação fiduciária* ou de *cessão fiduciária*. A expressão *alienação* é mais bem utilizada na hipótese de efetiva aquisição de certo bem móvel ou imóvel no meio social, em que o agente financeiro empresta e se torna proprietário da coisa. Por outro lado, o termo *cessão* deve ser utilizado se o devedor já é dono do objeto e apenas o cede como forma de garantia, o que se admite desde o advento da Súmula 28 do Superior Tribunal de Justiça.

Com relação aos bens imóveis, a diferença entre a alienação fiduciária e a propriedade fiduciária fica evidente, pelo que consta do art. 23 da Lei 9.514/1997, pelo qual se constitui a propriedade fiduciária de coisa imóvel mediante registro, no competente Registro de Imóveis, do contrato ou negócio que lhe serve de título. Desse modo, esse *contrato*, no sentido de negócio ou instrumento, é o título que, quando registrado, gera a propriedade fiduciária.

Ainda quanto à categorização jurídica, é pertinente esclarecer que a *propriedade fiduciária* poderá ter origem distinta da *alienação fiduciária em garantia*. Um exemplo de propriedade fiduciária que não envolve a garantia é o fideicomisso. Explica Orlando Gomes que no fideicomisso a propriedade é fiduciária, pois baseada na confiança, e também resolúvel, pois se extingue com a condição resolutiva ou com o termo final (*Direitos reais...*, 2004, p. 270). Somente relembrando, o fideicomisso ocorre quando o testador institui herdeiros ou legatários, impondo a um deles, o fiduciário, a obrigação de, por sua morte, ou sob certa condição, transmitir a outro, que se qualifica fideicomissário, a herança ou legado (ITABAIANA DE OLIVEIRA, Arthur Vasco. *Tratado...*, 1952, v. 2, p. 588). Para aprofundamentos do tema, consulte-se o Volume 6 da presente coleção, que trata do direito sucessório.

Conceituando, a *alienação fiduciária em garantia constitui um negócio jurídico que traz como conteúdo um direito real de garantia sobre coisa própria. Isso porque o devedor fiduciante aliena o bem adquirido a um terceiro, o credor fiduciário, que paga o preço ao alienante originário. Constata-se que o credor fiduciário é o proprietário da coisa, tendo, ainda, um direito real sobre a coisa que lhe é própria. Como pagamento de todos os valores devidos, o devedor fiduciante*

adquire a propriedade, o que traz a conclusão de que a propriedade do credor fiduciária é resolúvel. O esquema a seguir demonstra a estrutura do instituto:

Portanto, três são as pessoas envolvidas no negócio: o *vendedor* (alienante anterior da coisa), o comprador, que passa a ser o *devedor fiduciante*, e o *credor fiduciário*, que tem a propriedade resolúvel da coisa.

No tocante à sua natureza jurídica de direito real, a *alienação fiduciária em garantia* envolve a publicidade do ato jurídico.

Se tiver por objeto bem móvel, o negócio estará formado a partir da tradição, que pode ser real ou presumida, conforme antes estudado neste livro. Em se tratando de imóveis ou de móveis infungíveis, sua posse fica com o devedor e a tradição será ficta, por meio do *constituto possessório ou clausula constituti*, uma vez que o devedor fiduciante, na qualidade de dono do bem, tinha a posse direta e a indireta, mas com a alienação fiduciária passa a ter apenas a posse direta, perdendo a indireta ao transferir a propriedade ao credor fiduciário. O devedor que possuía o bem em nome próprio passa a possuí-lo em nome alheio.

Além da tradição, em regra, exige-se o registro no Cartório de Títulos e Documentos, para que a alienação fiduciária surta efeitos perante terceiros ou *erga omnes*. O Código Civil de 2002 determina que o registro deva ser feito no domicílio do devedor, ou, em se tratando de veículo, na repartição competente, fazendo-se anotação no certificado de propriedade (art. 1.361, § 1.º).

Frise-se que o art. 66, § 1.º, da Lei 4.728/1965, atualmente revogado pela Lei 10.931/2004, dispunha que a alienação fiduciária somente se provava por escrito e seu instrumento, público ou particular, qualquer que fosse o seu valor, seria obrigatoriamente arquivado, por cópia ou microfilme, no Registro de Títulos e Documentos do domicílio do credor, sob pena de não valer contra terceiros.

Com a revogação da norma especial, deixou de existir na legislação extravagante dispositivo que determine o registro do contrato em relação a bens móveis fungíveis ou não. Por isso, a dúvida que surge é se é desnecessário o registro do instrumento de alienação fiduciária regido pela Lei 4.728/1965. Este autor, na linha do defendido nas edições anteriores desta obra, continua a entender que a resposta é negativa. Isso porque, na ausência de dispositivo expresso de lei, aplica-se o Código Civil, que exige o registro. A conclusão é retirada do antes transcrito art. 1.368-A do CC/2002, que consagra a aplicação do Código Civil naquilo que não é incompatível na legislação especial.

Encerrando o estudo da natureza jurídica do instituto, pontue-se que, nos casos de bens imóveis,

necessário será o registro no Cartório de Registro de Imóveis do negócio que criou a propriedade fiduciária, por força expressa do art. 23 da Lei 9.514/1997. Destaque-se que essa é a única hipótese em que o registro da alienação fiduciária não ocorre no Cartório de Títulos e Documentos. Pela mesma norma, com o registro do instrumento e a criação da propriedade fiduciária, ocorre o desdobramento da posse em direta e indireta, tornando-se o devedor fiduciante possuidor direto e o credor fiduciário possuidor indireto da coisa imóvel (art. 23, parágrafo único, da Lei 9.514/1997).

9.2 REGRAS DA PROPRIEDADE FIDUCIÁRIA NO CÓDIGO CIVIL DE 2002

Como outrora mencionado, o Código Civil de 2002 trata da propriedade fiduciária, definidora do conteúdo da alienação fiduciária em garantia nos casos de bens móveis infungíveis, entre os seus arts. 1.361 a 1.368-A. A matéria está colocada logo após o tratamento da propriedade resolúvel, uma vez que constitui modalidade desta, conforme apontava a doutrina clássica (por todos: GOMES, Orlando. *Direitos reais*..., 2004, p. 270).

De acordo com o primeiro dispositivo da codificação, que mais uma vez merece ser analisado, considera-se fiduciária a propriedade resolúvel de coisa móvel infungível que o devedor, com escopo de garantia, transfere ao credor.

Constata-se que o dispositivo civil concebe a propriedade como resolúvel, o que também é fundamental para a estrutura da alienação fiduciária, conforme exposto. Repise-se que o Código Civil tem incidência para as alienações fiduciárias em garantia de bens móveis não regidas pela legislação especial, ou seja, não celebradas por instituições financeiras.

Pois bem, constitui-se a propriedade fiduciária "com o registro do contrato, celebrado por instrumento público ou particular, que lhe serve de título, no Registro de Títulos e Documentos do domicílio do devedor, *ou*, em se tratando de veículos, na repartição competente para o licenciamento, fazendo-se a anotação no certificado de registro" (art. 1.361, § 1.º, do CC). O Projeto Ricardo Fiúza, atual PL 699/2011, pretende alterar o comando substituindo o *ou* destacado por um *e*, para que não paire qualquer dúvida quanto à necessidade do duplo registro, o que traduz o entendimento majoritário (ALVES, Jones Figueirêdo; DELGADO, Mário Luiz. *Código*..., 2005, p. 685-686).

Com a constituição da propriedade fiduciária, dá-se o desdobramento da posse, tornando-se o devedor fiduciante possuidor direto da coisa (art. 1.361, § 2.º, do CC). O credor fiduciário é possuidor indireto, pela condição de proprietário do bem.

A propriedade superveniente ou novo domínio, adquirido pelo devedor fiduciante, torna eficaz, desde o arquivamento, a transferência da propriedade fiduciária (art. 1.361, § 3.º, do CC).

Mais uma vez, há proposta de alteração pelo antigo Projeto Fiúza, passando a estabelecer o comando que "A propriedade superveniente, adquirida pelo devedor, torna eficaz a transferência da propriedade fiduciária". Segundo as justificativas da proposição, "a sugestão é do professor Joel Dias Figueira Júnior. Diz ele que 'verificado de maneira cabal o adimplemento do contrato de alienação fiduciária em todos os seus termos, será adquirida a propriedade plena superveniente do bem móvel infungível pelo então devedor possuidor direto, tornando-se eficaz de pleno direito a sua transferência, segundo se infere do § 3.º do art. 1.361. (...) a alusão à eficácia da aquisição,

referindo-se ao tempo do arquivamento do contrato de alienação fiduciária no Registro de Títulos e Documentos. (...) é desnecessária e em manifesta discrepância com a LRP e com a terminologia do próprio NCC'". Realmente, o dispositivo ficaria mais claro com a redação proposta.

O art. 1.362 do CC/2002 traz os requisitos essenciais para constarem no título de instituição da propriedade fiduciária, sob pena de sua ineficácia:

a) *O total da dívida ou sua estimativa*. Como visto no capítulo anterior desta obra, no caso de garantia real há necessidade de constar do título o valor do principal garantido, o que se repete no caso de propriedade fiduciária. Porém, ressalve-se que nem sempre o valor da dívida existe no momento em que se constitui a garantia, como ocorre, por exemplo, nas hipóteses em que a propriedade fiduciária garante dívida futura, ainda não contraída pelo devedor. Nessas hipóteses de dívida futura, o título deve indicar uma estimativa, ou seja, o seu valor aproximado. A título de exemplo, podem as partes estipular um limite do valor devido, um teto máximo do valor da dívida. Evidentemente, em sendo a dívida estimada, perde ela o seu caráter de dívida líquida e certa. Com certa razão, salientam Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald que falhou o legislador ao exigir a menção ao total da dívida, omitindo a necessária referência ao valor do bem garantido (*Direitos reais*..., 2006, p. 367). Diante desse problema, o PL 699/2011 pretende alterar o preceito, que passaria a ter a seguinte redação: "O valor do bem alienado, o valor total da dívida ou sua estimativa". A justificativa vai no sentido de que "A proposta objetiva a inclusão do requisito do valor do bem objeto da alienação fiduciária, porquanto o valor total da dívida, necessariamente, não corresponderá ao valor do bem alienado".
b) *O prazo ou a época do pagamento*. É essencial a avença de prazo, pois o termo existe a favor do devedor (art. 133 do CC). Dessa forma, antes do seu advento, o devedor não se considera inadimplente e, por óbvio, a garantia não poderá ser executada.
c) *A taxa de juros se houver (juros convencionais)*. Na ausência de juros convencionais, estes não são devidos. Em se tratando de alienação fiduciária realizada por instituição financeira regida pela Lei 4.728/1965, necessária será não só a presença da taxa de juros como também o valor da cláusula penal ou multa, o índice de atualização monetária e as demais comissões e encargos (art. 66-B, cuja redação decorre da Lei 10.931/2004).
d) *A descrição da coisa objeto da transferência, com os elementos indispensáveis à sua identificação*. Tal exigência visa à *especialização* da garantia, assim como ocorre com os demais direitos reais estudados no capítulo anterior desta obra. Como visto, a descrição do objeto é que garante a sua identificação, e sem a devida identificação, impossível a eficácia *erga omnes* do direito real.

Antes de vencida a dívida, o devedor fiduciante, às suas expensas e riscos, pode usar a coisa segundo sua destinação, sendo obrigado, como depositário: *a)* a empregar na guarda da coisa a diligência exigida por sua natureza; *b)* a entregá-la ao credor fiduciante, se a dívida não for paga no vencimento (art. 1.363 do CC/2002). Esse é o comando legal que consagra a premissa segundo a qual o devedor fiduciante tem as obrigações similares às de um depositário.

Por isso, não cumprindo com os seus deveres obrigacionais, *poderia* ser requerida a sua prisão civil, nos termos do art. 652 do CC/2002. Contudo, como ainda será exposto com maior profundidade neste capítulo, a possibilidade de prisão civil do depositário foi revista pelo Supremo Tribunal Federal, por meio de julgados que se consolidaram no ano de 2008, diante da edição da Emenda Constitucional 45/2004. Sucessivamente, surgiu a Súmula Vinculante 25 afastando a possibilidade dessa prisão civil, em qualquer modalidade de depósito.

Quanto à mora do devedor fiduciante, enuncia o art. 1.364 do CC/2002 que, vencida a dívida, e não paga, fica o credor fiduciário obrigado a vender, judicial ou extrajudicialmente, a coisa a terceiros, a aplicar o preço no pagamento de seu crédito e das despesas de cobrança, e a entregar o saldo, se houver, ao devedor.

Pela norma, é possível a venda da coisa pelo credor fiduciário justamente porque é ele o proprietário da coisa. Além disso, cabe a ação de busca e apreensão pelo credor fiduciário em face do devedor fiduciante, nos termos do Decreto-lei 911/1969, lei que será estudada.

Ainda quanto à mora do devedor fiduciante, presente uma relação jurídica de consumo, como é

comum na alienação fiduciária em garantia que envolve veículos, merece aplicação o art. 53 da Lei 8.078/1990, a saber:

"Art. 53. Nos contratos de compra e venda de móveis ou imóveis mediante pagamento em prestações, bem como nas alienações fiduciárias em garantia, consideram-se nulas de pleno direito as cláusulas que estabeleçam a perda total das prestações pagas em benefício do credor que, em razão do inadimplemento, pleitear a resolução do contrato e a retomada do produto alienado.

§ 1.º (*Vetado*).

§ 2.º Nos contratos do sistema de consórcio de produtos duráveis, a compensação ou a restituição das parcelas quitadas, na forma deste artigo, terá descontada, além da vantagem econômica auferida com a fruição, os prejuízos que o desistente ou inadimplente causar ao grupo.

§ 3.º Os contratos de que trata o *caput* deste artigo serão expressos em moeda corrente nacional".

Pela literalidade da norma, no que tange à alienação fiduciária em garantia (inclusive de bens imóveis), a lei considera como nula, por abusividade, a *cláusula de decaimento*, aquela que traz a perda de todas as parcelas pagas pelo devedor fiduciante. A jurisprudência nacional tem aplicado muito bem o dispositivo, fazendo o devido desconto de uma *taxa de administração* a favor do credor fiduciário. Nesse sentido, por todos:

"Alienação fiduciária em garantia. Apelação. Efeitos. Nulidade de cláusula contratual. Perda das prestações pagas. Nos termos do art. 3.º, § 5.º, do Decreto-lei 911, de 1.º.10.1969, a apelação interposta no pedido de busca e apreensão possui efeito tão somente devolutivo. No contrato de alienação fiduciária, o credor tem o direito de receber o valor do financiamento, o que pode obter mediante a venda extrajudicial do bem apreendido, e o devedor tem o direito de receber o saldo apurado, mas não a restituição integral do preço pago. Precedentes. Recurso especial não conhecido" (STJ, REsp 401.702/DF, Rel. Min. Barros Monteiro, 4.ª Turma, j. 07.06.2005, *DJ* 29.08.2005, p. 346).

Além dessa importante norma do Código de Defesa do Consumidor, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem aplicado a *teoria do adimplemento substancial* para afastar a busca e apreensão da coisa na alienação fiduciária em garantia de bens móveis. Pela teoria do *adimplemento substancial* (*substantial performance*), nos casos em que o negócio tiver sido quase todo cumprido, não caberá a sua extinção, mas apenas outros efeitos jurídicos, caso da cobrança dos valores devidos.

A teoria é relacionada com os princípios sociais obrigacionais, conforme reconhece o Enunciado n. 361 CJF/STJ, da *IV Jornada de Direito Civil*: "O adimplemento substancial decorre dos princípios gerais contratuais, de modo a fazer preponderar a função social do contrato e o princípio da boa-fé objetiva, balizando a aplicação do art. 475". Vale lembrar que o art. 475 do CC/2002 é o que disciplina a resolução contratual pelo inadimplemento culposo do devedor.

Apesar de não ser a alienação fiduciária em garantia um *contrato*, no sentido jurídico e categórico da expressão, pois se trata de um direito real, a teoria é perfeitamente aplicável. Em reforço, pode ser citado o Enunciado n. 162 CJF/STJ, pelo qual "A inutilidade da prestação que autoriza a recusa da prestação por parte do credor deverá ser aferida objetivamente, consoante o princípio da boa-fé e a manutenção do sinalagma, e não de acordo com o mero interesse subjetivo do credor". Em outras palavras, preconiza o último enunciado doutrinário que a conversão da mora em inadimplemento absoluto, nos termos do art. 395 do CC/2002, não pode se dar por meros interesses egoísticos e mesquinhos do credor, mas de acordo com a boa-fé objetiva (a exigência de comportamento leal dos negociantes) e a conservação negocial.

Partindo para os casos concretos, na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a teoria em comento foi aplicada para afastar a concessão da liminar em ação de busca e apreensão, em caso em que o devedor fiduciante já tinha cumprido quase todo o negócio:

"Alienação fiduciária. Busca e apreensão. Deferimento liminar. Adimplemento substancial. Não viola a lei a decisão que indefere o pedido liminar de busca e apreensão considerando o pequeno valor da dívida em relação ao valor do bem e o fato de que este é essencial à atividade da devedora. Recurso não conhecido" (STJ, REsp 469.577/SC, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, 4.ª Turma, j. 25.03.2003, *DJ* 05.05.2003, p. 310).

Além dessa ementa, outra aplicou o adimplemento substancial para afastar a busca e apreensão como um todo, pois o devedor somente devia a última prestação de toda a dívida:

"Alienação fiduciária. Busca e apreensão. Falta da última prestação. Adimplemento substancial. O cumprimento do contrato de financiamento, com a falta apenas da última prestação, não autoriza o credor a lançar mão da ação de busca e apreensão, em lugar da cobrança da parcela faltante. O adimplemento substancial do contrato pelo devedor não autoriza ao credor a propositura de ação para a extinção do contrato, salvo se demonstrada a perda do interesse na continuidade da execução, que não é o caso. Na espécie, ainda houve a consignação judicial do valor da última parcela. Não atende à exigência da boa-fé objetiva a atitude do credor que desconhece esses fatos e promove a busca e apreensão, com pedido liminar de reintegração de posse. Recurso não conhecido" (STJ, REsp 272.739/MG, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, 4.ª Turma, j. 01.03.2001, *DJ* 02.04.2001, p. 299).

Mais recentemente a tese foi aplicada mais uma vez pelo Superior Tribunal de Justiça ao negócio em questão:

"Processual civil. Recurso especial. Prequestionamento. Tema central. Consignação em pagamento. Depósito parcial. Procedência na mesma extensão. Alienação fiduciária. Busca e apreensão. Adimplemento substancial. Improcedência. Possibilidade. Desprovimento. (...). II. 'Esta Corte de Uniformização Infraconstitucional firmou entendimento no sentido de que o depósito efetuado a menor em ação de consignação em pagamento não acarreta a total improcedência do pedido, na medida em que a obrigação é parcialmente adimplida pelo montante consignado, acarretando a liberação parcial do devedor. O restante do débito, reconhecido pelo julgador, pode ser objeto de execução nos próprios autos da ação consignatória (cf. REsp nº 99.489/SC, Rel. Ministro Barros Monteiro, *DJ* de 28.10.2002; REsp nº 599.520/TO, Rel. Ministra Nancy Andrighi, *DJ* de 1.º.02.2005; REsp nº 448.602/SC, Rel. Ministro Ruy Rosado De Aguiar, *DJ* de 17.02.2003; AgRg no REsp nº 41.953/SP, Rel. Ministro Aldir Passarinho Júnior, *DJ* de 06.10.2003; REsp nº 126.326/RJ, Rel. Ministro Barros Monteiro, *DJ* de 22.09.2003)' (REsp 613552/RS, Rel. Min. Jorge Scartezzini, Quarta Turma, Unânime, *DJ*: 14.11.2005, p. 329). III. Se as instâncias ordinárias reconhecem, após a apreciação de ações consignatória e de busca e apreensão, com fundamento na prova dos autos, que é extremamente diminuto o saldo remanescente em favor do credor de contrato de alienação fiduciária, não se justifica o prosseguimento da ação de busca e apreensão, sendo lícita a cobrança do pequeno valor ainda devido nos autos do processo. IV. Recurso especial a que se nega provimento" (STJ, REsp 912.697/RO, Rel. Ministro Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, julgado em 07.10.2010, *DJe* 25.10.2010).

Sobre a aplicação da teoria do adimplemento substancial, a grande dificuldade está em saber a partir de qual percentual de cumprimento pode a teoria ser aplicada. Para tanto, deve-se analisar o caso concreto, a partir da ideia de função social da obrigação e do contrato.

Superada a análise da mora do devedor fiduciante, o art. 1.365 do CC/2002 proíbe o *pacto comissório real* na *alienação fiduciária em garantia*, assim como ocorre com os demais direitos reais de garantia. Em suma, é nula a cláusula que autoriza o proprietário fiduciário a ficar com a coisa alienada em garantia, se a dívida não for paga no vencimento.

A vedação ao *pacto comissório real* consta expressamente no Código Civil para todos os direitos reais de garantia (art. 1.428) e especificamente para a propriedade fiduciária (art. 1.365). O art. 66-A da Lei 4.728/1965, atualmente revogado pela Lei 10.931/2004, igualmente trazia disposição semelhante em seu § 6.º que determinava ser nula a cláusula que autorizava o proprietário fiduciário

a ficar com a coisa alienada em garantia, se a dívida não fosse paga no seu vencimento. Todavia, a norma foi expressamente revogada e a dúvida que surge é se o pacto comissório passou a ser admitido nas alienações fiduciárias, a partir de então.

Na opinião deste autor, o *pacto comissório real* continua vedado em qualquer modalidade de alienação fiduciária, mais uma vez por aplicação subsidiária do Código Civil em razão do art. 1.368-A. Em reforço, o conteúdo do pacto comissório real parece não se filiar aos princípios da eticidade e da socialidade, fundamentos do Código Civil de 2002. O afastamento da execução judicial não se alinha à boa-fé objetiva e à função social dos institutos civil, nortes fundamentais do Direito Privado nacional.

A questão, contudo, não é pacífica. Na doutrina contemporânea, Marco Aurélio Bezerra de Melo segue antigo entendimento segundo o qual não se justificaria o pacto comissório real na alienação fiduciária: "Observa o professor Melhim Namen Chalub, acompanhado também das doutas manifestações de Caio Mário da Silva Pereira e Pontes de Miranda, que a referida proibição perde o sentido quando se tratar de propriedade fiduciária, pois, pelo referido instituto, o credor fiduciário já é proprietário, ainda que resolúvel, do bem e não haveria sentido para a proibição de ficar com aquilo que já lhe pertence" (*Direito*..., 2007, p. 479). Com o devido respeito aos juristas, este autor continua a entender que o pacto comissório real não se coaduna com os valores do Direito Civil contemporâneo.

Porém, o devedor pode, com a anuência do credor, dar seu direito eventual à coisa em pagamento da dívida, após o vencimento desta (art. 1.365, parágrafo único, do CC/2002). Em outras palavras, a rigidez que constava do Código Civil de 1916 foi abrandada pelo Código Civil de 2002, que permite a dação em pagamento do objeto dado em garantia.

A dação em pagamento, como modo indireto de extinção das obrigações, ocorre quando o credor concorda em receber prestação diversa daquela contratada (art. 356 do CC/2002). Em outras palavras, por acordo entre as partes, o devedor entrega em pagamento a garantia e o credor concorda com tal ato.

A dação em pagamento permitida em lei no dispositivo em apreço ocorre por acordo de vontade das partes quando do término do negócio, ou seja, quando o devedor já se encontra inadimplente ou para evitar que isto ocorra. Na *opinio* deste autor, não será possível cláusula contratual expressa prévia prevendo a dação como consequência natural do inadimplemento, por se tratar de um *pacto comissório reak disfarçado*.

Com outra interpretação sobre o parágrafo único do art. 1.365 do CC/2002, o antigo PL 6.960/2002 (atual PL 699/2011) pretende alterar o preceito, que passaria a ter a seguinte redação: "O devedor pode, com a anuência do proprietário fiduciário, ceder a terceiro a sua posição no polo passivo do contrato de alienação". A proposta é que seja retirada a menção à suposta dação em pagamento, substituída pela cessão do contrato ou cessão da posição contratual. Vejamos as justificativas constates da proposição legislativa, mais uma vez com base na doutrina de Joel Dias Figueira Júnior:

> "A proposta é de modificação do parágrafo único deste artigo por sugestão do professor Joel Dias Figueira Júnior. Diz ele que a 'redação do parágrafo único é de clareza bastante duvidosa e, certamente, se mantida no estado em que se encontra após a entrada em vigor do Código, certamente muita celeuma trará na prática e problemas para o cotidiano forense. Na verdade, em que pese tratar-se de texto aparentemente singelo, reveste-se de grande complexidade, porquanto bastante truncado e de sentido jurídico dúbio, quando

confrontado com o *caput* do próprio artigo e com o dispositivo precedente. Em primeiro lugar, apenas para ficar assinalado, apontamos que direitos não podem ser 'dados', mas cedidos. Portanto, a palavra 'dar', empregada no parágrafo único, haveria de ser substituída por 'ceder'. Contudo, esse não é o problema nodal que ora se pretende efetivamente demonstrar, se não vejamos. Pergunta-se: poderá o devedor ceder seu direito a terceiros após o vencimento da dívida, excluindo-se desse rol apenas o credor proprietário fiduciário? Se admitirmos a cessão de direitos também ao credor fiduciário, então o parágrafo único significará uma burla ao *caput*, pois corresponderá, por vias transversas, à autorização para o proprietário fiduciário permanecer com o bem em face do inadimplemento, o que é inaceitável. Por outro lado, se a resposta for a cessão de direitos para terceiros, a redação do parágrafo omite a palavra 'terceiros' que, por conseguinte, deve ser acrescida'".

Com o devido respeito, este autor continua a entender que essa parece não ser a melhor interpretação do comando, que traz como conteúdo a dação em pagamento, e não a cessão da posição contratual.

Em casos de inadimplemento da obrigação assumida pelo devedor fiduciante, quando, vendida a coisa, o produto não bastar para o pagamento da dívida e das despesas de cobrança, continuará ele obrigado pelo restante (art. 1.366 do CC/2002). Dessa forma, o devedor continua obrigado ao pagamento dessa diferença, mas o credor fiduciário perde a qualidade de preferencial e passa a ser credor quirografário, assim como ocorre com os demais direitos reais de garantia, por força do art. 1.430 da própria lei geral privada.

Algumas das regras previstas para os direitos reais de garantia sobre coisa alheia são aplicadas à propriedade fiduciária e, sendo assim, à alienação fiduciária em garantia, conforme o art. 1.367 do CC/2002. O dispositivo enuncia expressamente a aplicação dos seguintes dispositivos:

- Art. 1.421 do CC – O pagamento parcial da dívida não representa a extinção da garantia (indivisibilidade do direito real de garantia).
- Art. 1.425 e 1.426 do CC – Aplicação das hipóteses de vencimento antecipado da dívida e não inclusão dos juros.
- Art. 1.427 do CC – Previsão de que, salvo cláusula expressa, o terceiro que presta garantia real por dívida alheia não fica obrigado a substituí-la, ou reforçá-la, quando, sem culpa sua, se perca, deteriore, ou desvalorize.
- Art. 1.436 do CC – Subsunção das regras de extinção do penhor.

Dispõe o *caput* do art. 1.368 do Código Privado que "O terceiro, interessado ou não, que pagar a dívida, se sub-rogará de pleno direito no crédito e na propriedade fiduciária". Explicando a norma, determina o dispositivo que o pagamento da dívida pode ser realizado por terceiros interessados ou não interessados na dívida, o que se depreende da teoria geral das obrigações (arts. 304 a 306 do CC/2002).

Esclareça-se que o *terceiro interessado* é aquele que tem um *interesse* patrimonial e não de outra ordem, caso do interesse afetivo. Os exemplos clássicos de *terceiro interessado* na dívida são, assim, o fiador, o avalista e o terceiro que deu um bem em garantia real. Por outra via, o caso do pai que paga a dívida de um filho por mero interesse afetivo é de um *terceiro não interessado*, com exceção para a hipótese em que ele possa ser responsabilizado civilmente.

Três são as regras previstas, na teoria geral das obrigações, quanto ao pagamento efetuado por terceiro.

Como *primeira regra*, havendo o pagamento por *terceiro interessado*, esta pessoa sub-roga-se automaticamente nos direitos de credor, com a transferência de todas as ações, exceções e garantias que detinha o credor primitivo. Em hipóteses tais, ocorre a chamada *sub-rogação legal ou automática* (art. 346, III, do CC/2002).

Como *segunda regra*, se o *terceiro não interessado* fizer o pagamento em seu *próprio nome*, tem direito a reembolsar-se no que pagou, mas não se sub-roga nos direitos do credor (art. 305 do CC/2002). Se pagar a dívida antes de vencida, somente terá direito ao reembolso ocorrendo o seu vencimento (art. 305, parágrafo único, do CC/2002).

Por fim, como *terceira e última regra*, se o *terceiro não interessado fizer o pagamento em nome e em conta do devedor*, sem oposição deste, não terá direito a nada, pois é como se fizesse uma doação, um ato de liberalidade (interpretação do art. 304, parágrafo único, do CC/2002).

Esclareça-se que, no caso da segunda regra, não há sub-rogação legal, como ocorre quando o terceiro interessado paga a dívida, mas mero direito de reembolso. Os dois institutos não se confundem, uma vez que na sub-rogação legal há uma substituição automática do credor, o que prescinde de prova quanto à existência da dívida.

Ademais, o novo credor terá todos os direitos, garantias e ações que detinha o antigo credor (art. 349 do CC/2002). Na terceira regra isso não ocorre, podendo haver necessidade de se provar a dívida e o correspondente pagamento, eventualmente. No direito de regresso, não há substituição automática do credor em direitos, garantias e ações.

Pois bem, em relação à propriedade fiduciária de bens móveis regulada pelo Código Civil há outro tratamento, discrepante das regras da teoria geral das obrigações. Isso porque, ainda que o pagamento seja realizado por terceiro não interessado, ocorrerá a sub-rogação por força da expressa disposição do art. 1.368 do CC/2002, norma especial que prevalece para os casos envolvendo a alienação fiduciária em garantia. Em resumo, o terceiro, interessado ou não, que pagar a dívida, se sub-rogará de pleno direito no crédito e na propriedade fiduciária.

Encerrando o estudo das regras previstas no Código Civil de 2002, mais uma vez, o comentado art. 1.368-A, introduzido pela Lei 10.931/2004, estabelece que as demais espécies de propriedade fiduciária ou de titularidade fiduciária submetem-se à disciplina específica das respectivas leis especiais. Eventualmente, as disposições do Código Civil serão aplicadas somente naquilo que não for incompatível com a legislação especial (*aplicação residual*). Parte-se, então, ao estudo dessas leis especiais, começando pelo Decreto-lei 911/1969.

9.3 A ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE BENS MÓVEIS. REGRAS PREVISTAS NO DECRETO-LEI 911/1969. A QUESTÃO DA PRISÃO CIVIL DO DEVEDOR FIDUCIANTE

Conforme apontado no presente capítulo, o art. 66 (alterado pelo art. 1.º do Decreto-lei 911/1969) e o art. 66-A (introduzido pela Medida Provisória 2.160-50/2001) da Lei 4.728/1965 estabeleceram as normas procedimentais a respeito da alienação fiduciária em garantia de bens móveis infungíveis. O exemplo clássico envolve os veículos automotores, que são considerados insubstituíveis para fins contratuais, diante do número de chassi, que os identifica. Esclareça-se que ambos os dispositivos foram revogados pela Lei 10.931/2004.

Em uma análise crítica da norma, para amparar as conclusões que aqui se propõem, é interessante observar que esse Decreto-lei constitui uma norma de *tom militar*, eis que regulamenta o Ato Institucional 5, editado no período de exceção que vivia o nosso País. Isso fica claro pela *mensagem*

constante do preâmbulo da norma:

"Os Ministros da Marinha de Guerra, do exército e da aeronáutica militar, usando das atribuições que lhes confere o artigo 1.º do Ato Institucional 12, de 31 de agosto de 1969, combinado com o § 1.º do artigo 2.º do Ato Institucional 5, de 13 de dezembro de 1968, decretam".

O decreto é assinado por Augusto Hamann Rademaker Grünewald, Aurélio de Lyra Tavares e Márcio de Souza e Mello, Ministros da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, respectivamente. Infelizmente, os decretos-leis sempre foram mecanismos utilizados em nosso País por governos autoritários. Essas razões, em certo sentido históricas, acabam por justificar a possibilidade de prisão do devedor fiduciante, apesar das previsões de prisão civil contidas na Constituição Federal (art. 5.º, LXVII) e no próprio Código Civil (art. 1.287 do CC/1916 e art. 652 do CC/2002).

Pelo dispositivo inaugural do decreto, a alienação fiduciária em garantia transfere ao credor fiduciário o domínio resolúvel e a posse indireta da coisa móvel alienada, independentemente da tradição efetiva do bem. Sendo assim, torna-se o alienante ou devedor fiduciante possuidor direto e depositário com todas as responsabilidades e encargos que lhe incumbem de acordo com a lei civil e penal (art. 66, *caput*, da Lei 4.728/1965). Eis aqui mais um conceito interessante de *alienação fiduciária em garantia*.

Conforme outrora se mencionou, nos termos do revogado art. 66, § 1.º, da referida lei, a alienação fiduciária somente se prova por escrito. O seu instrumento, público ou particular, qualquer que seja o seu valor, será obrigatoriamente arquivado, por cópia ou microfilme, no Registro de Títulos e Documentos do domicílio do credor, sob pena de não valer contra terceiros. Pela mesma norma revogada, o instrumento conteria, além de outros dados, os seguintes:

a) o total da dívida ou sua estimativa;

b) o local e a data do pagamento;

c) a taxa de juros, as comissões cuja cobrança for permitida e, eventualmente, a cláusula penal e a estipulação de correção monetária, com indicação dos índices aplicáveis;

d) a descrição do bem objeto da alienação fiduciária e os elementos indispensáveis à sua identificação.

Os requisitos são muito próximos daqueles que constam do Código Civil de 2002 (art. 1.362), estando no *plano da eficácia* da garantia.

Ademais, a alienação fiduciária em garantia de veículo automotor deveria, para fins probatórios, constar do certificado do registro de propriedade no DETRAN (art. 66, § 10).

Eventualmente, se a coisa alienada em garantia não se identificasse por números, marcas e sinais indicados no instrumento de alienação fiduciária, caberia ao credor fiduciário o ônus da prova, contra terceiros, da identidade dos bens do seu domínio que se encontrassem em poder do devedor fiduciante (art. 66, § 3.º). Além disso, se, na data do instrumento de alienação fiduciária, o devedor ainda não fosse o proprietário da coisa objeto do contrato, o domínio fiduciário desta se transferiria ao credor no momento da aquisição da propriedade pelo devedor, independentemente de qualquer formalidade posterior (art. 66, § 2.º). Todos esses dispositivos, da Lei 4.728/1965, foram revogados pela Lei 10.931/2004.

Do ponto de vista efetivo e prático, como bem resume Sílvio de Salvo Venosa, no caso de

inadimplemento da obrigação, quando o credor fiduciário se tratar de instituição financeira ou assemelhada, terá quatro possibilidades: *a)* a alienação da coisa, se esta for efetivamente entregue pelo devedor; *b)* a ação de busca e apreensão; *c)* a ação de depósito; e *d)* a ação executória (*Direito civil*..., 2006, v. 5, p. 398).

Vejamos cada uma dessas medidas.

Dispunha a Lei 4.728/1965 de acordo com a redação originalmente dada pelo Decreto-lei 911/1969 que, no caso de inadimplemento da obrigação garantida, o proprietário fiduciário poderia vender a coisa a terceiros e aplicar o preço da venda no pagamento do seu crédito e das despesas decorrentes da cobrança, entregando ao devedor o saldo porventura apurado, se este existisse (art. 66, § 4.º). O verbo *poder* utilizado pela Lei 4.728/1965 deveria ser entendido como *dever*. Isso porque, conforme explicado, em razão da vedação legal do *pacto comissório real*, não poderia o credor simplesmente se apoderar do bem e incorporá-lo a seu patrimônio.

Determinava a lei que, se o preço da venda da coisa não bastasse para pagar o crédito do proprietário fiduciário e despesas, o devedor continuaria pessoalmente obrigado a pagar o saldo devedor apurado (art. 66, § 5.º). Isso porque, se a propriedade fiduciária é simples garantia real, o fato de o valor do bem ser inferior ao da dívida não significa liberação do devedor quanto aos valores excedentes. Apenas perde o credor fiduciário a garantia e se coloca na situação de credor quirografário quanto aos valores restantes. Há regra nesse sentido no Código Civil de 2002, como aqui se demonstrou (art. 1.366).

No entanto, com a revogação do art. 66-A em agosto de 2004 (Lei 10.931), a atual redação do art. 66 não reproduz as regras em questão. Porém, o art. 2.º do Decreto-lei 911/1969, ainda em vigor, determina que no caso de inadimplemento ou mora nas obrigações contratuais garantidas mediante alienação fiduciária, o proprietário fiduciário ou credor poderá vender a coisa a terceiros, independentemente de leilão, hasta pública, avaliação prévia ou qualquer outra medida judicial ou extrajudicial, salvo disposição expressa em contrário prevista no contrato. Em casos tais, deve o credor fiduciário aplicar o preço da venda no pagamento de seu crédito e das despesas decorrentes e entregar ao devedor o saldo apurado, se houver.

Desse modo, a determinação da necessidade de venda do bem permanece, cabendo ao credor fiduciário realizar o encontro de contas entre o valor do bem dado em garantia e o saldo da dívida. Se o valor apurado na venda for superior ao da dívida, o saldo deve ser devolvido ao devedor. Se a dívida for superior ao valor apurado com a venda do bem, o devedor continua responsável pelo pagamento na qualidade de devedor quirografário. Anote-se que, pela literalidade da norma, o bem pode ser vendido independentemente de leilão, hasta pública, avaliação prévia ou qualquer outra medida judicial ou extrajudicial (art. 2.º do Decreto-lei 911/1969).

No sistema implementado pelo Decreto-lei 911/1969 a mora decorre do simples vencimento do prazo para pagamento e poderá ser comprovada por carta registrada expedida por intermédio de Cartório de Títulos e Documentos ou pelo protesto do título, a critério do credor (art. 2.º, § 2.º). A mora continua sendo automática, ou seja, independentemente de notificação ou interpelação (*ex re*), pois esta é a regra das obrigações líquidas e com prazo para vencimento (art. 397, *caput*, do CC). Aplica-se a máxima latina *dies interpellat por homine*, ou seja, *o dia do vencimento interpela a pessoa*.

Entretanto, a mora deve ser comprovada, enunciando a Súmula 72 do Superior Tribunal de Justiça que "a comprovação da mora é imprescindível à busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente". Essa necessidade de comprovação da mora tem por finalidade apenas a concessão de liminar no processo de busca e apreensão do bem.

Cabe observar que a prova do aviso não é procedimento essencial para a verificação da mora. Se assim fosse, a mora seria configurada como pendente ou *ex persona* (art. 397, parágrafo único, do CC). Mencionando tratar a mora do devedor fiduciante uma mora automática ou *ex re*, pode ser transcrita a seguinte decisão do Superior Tribunal de Justiça:

"Alienação fiduciária em garantia. Busca e apreensão. Âmbito da defesa. Incidência do Código de Defesa do Consumidor. Bens já integrantes do patrimônio do devedor. Taxa de juros. Capitalização mensal. Comissão de permanência. Aplicação da TR. Mora dos devedores configurada. Mora dos devedores configurada na espécie, a despeito de não admitidas a capitalização mensal dos juros e a comissão de permanência. A mora no caso constitui-se 'ex-re', decorrendo do simples vencimento do prazo (art. 2.º, § 2.º, do Decreto-lei 911, de 01.10.1969). Recurso especial conhecido, em parte, e provido" (STJ, REsp 264.126/RS, Rel. Min. Barros Monteiro, 4.ª Turma, j. 08.05.2001, *DJ* 27.08.2001, p. 344).

Ainda a respeito da mora do devedor, a Súmula 245 do próprio Superior Tribunal de Justiça, de 2001, estabelece que: "A notificação destinada a comprovar a mora nas dívidas garantidas por alienação fiduciária dispensa a indicação do valor do débito". De fato, o valor do débito não necessita constar da notificação, uma vez que esta não constitui o devedor em mora, mas apenas constitui requisito para que seja deferida a liminar em busca e apreensão a ser proposta pelo credor.

Como ficou claro, caso o bem não seja entregue espontaneamente pelo devedor, poderá o credor promover a ação de busca e apreensão, de rito especial, visando à obtenção de sua posse (art. 3.º do Decreto-lei 911/1969).

Destaque-se que a ação de busca e apreensão fica restrita às alienações fiduciárias realizadas pelas empresas financeiras e assemelhadas, ou seja, regidas pela Lei 4.728/1965, que cuida do mercado de capitais. Isso porque a possibilidade de busca e apreensão decorre expressamente da previsão do art. 3.º, *caput*, cuja redação original não foi alterada.

Nesse contexto, o proprietário fiduciário ou credor poderá requerer contra o devedor ou terceiro a busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente, a qual será concedida liminarmente, desde que comprovada a mora ou o inadimplemento do devedor (art. 3.º, *caput*).

A liminar pode ser concedida mesmo sem a oitiva do devedor (*inaudita altera parte*). Concedida a liminar, o bem será, desde logo, entregue ao credor, sendo retirado da posse do devedor mesmo sem a sua manifestação.

Houve uma mudança radical do último dispositivo com a entrada em vigor da Lei 10.931/2004, no que diz respeito às consequências da ação de busca e apreensão e as defesas a serem apresentadas pelo devedor. No quadro comparativo consta esse novo tratamento dado ao instituto, confrontando a redação atual do art. 3.º, com a anterior:

Redação anterior do DL 911/1969	Nova redação do DL 911/1969, conforme a Lei 10.931/2004
Art. 3.º O Proprietário Fiduciário ou credor, poderá requerer contra o devedor ou terceiro a busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente, a qual será concedida liminarmente, desde que comprovada a mora ou o inadimplemento do devedor.	Art. 3.º O Proprietário Fiduciário ou credor, poderá requerer contra o devedor ou terceiro a busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente, a qual será concedida liminarmente, desde que comprovada a mora ou o inadimplemento do devedor.

§ 1.º Despachada a inicial e executada a liminar, o réu será citado para, em três dias, apresentar contestação ou, se já tiver pago 40% (quarenta por cento) do preço financiado, requerer a purgação de mora.	§ 1.º Cinco dias após executada a liminar mencionada no caput, consolidar-se-ão a propriedade e a posse plena e exclusiva do bem no patrimônio do credor fiduciário, cabendo às repartições competentes, quando for o caso, expedir novo certificado de registro de propriedade em nome do credor, ou de terceiro por ele indicado, livre do ônus da propriedade fiduciária.
§ 2.º Na contestação só se poderá alegar o pagamento do débito vencido ou o cumprimento das obrigações contratuais.	§ 2.º No prazo do § 1.º, o devedor fiduciante poderá pagar a integralidade da dívida pendente, segundo os valores apresentados pelo credor fiduciário na inicial, hipótese na qual o bem lhe será restituído livre do ônus.
§ 3.º Requerida a purgação de mora, tempestivamente, o Juiz marcará data para o pagamento que deverá ser feito em prazo não superior a dez dias, remetendo, outrossim, os autos ao contador para cálculo do débito existente, na forma do art. 2.º e seu parágrafo primeiro.	§ 3.º O devedor fiduciante apresentará resposta no prazo de quinze dias da execução da liminar.
§ 4.º Contestado ou não o pedido e não purgada a mora, o Juiz dará sentença de plano em cinco dias, após o decurso do prazo de defesa, independentemente da avaliação do bem.	§ 4.º A resposta poderá ser apresentada ainda que o devedor tenha se utilizado da faculdade do § 2.º, caso entenda ter havido pagamento a maior e desejar restituição.
5.º A sentença, de que cabe apelação, apenas, no efeito devolutivo não impedirá a venda extrajudicial do bem alienado fiduciariamente e consolidará a propriedade a posse plena e exclusiva nas mãos do proprietário fiduciário. Preferida pelo credor a venda judicial, aplicar-se-á o disposto nos artigos 1.113 a 1.119 do CPC.	§ 5.º Da sentença cabe apelação apenas no efeito devolutivo.
§ 6.º A busca e apreensão prevista no presente artigo constitui processo autônomo e independente de qualquer procedimento posterior.	§ 6.º Na sentença que decretar a improcedência da ação de busca e apreensão, o juiz condenará o credor fiduciário ao pagamento de multa, em favor do devedor fiduciante, equivalente a cinquenta por cento do valor originalmente financiado, devidamente atualizado, caso o bem já tenha sido alienado.
	§ 7.º A multa mencionada no § 6.º não exclui a responsabilidade do credor fiduciário por perdas e danos.
	§ 8.º A busca e apreensão prevista no presente artigo constitui processo autônomo e independente de qualquer procedimento posterior.

Pois bem, quanto à purgação da mora, o STJ editou, em abril de 2004, antes da entrada em vigor da nova lei, a Súmula 284, prevendo que: “A purga da mora, nos contratos de alienação fiduciária, só é permitida quando já pagos pelo menos 40% (quarenta por cento) do valor financiado”. Pelo teor da ementa e pela redação anterior da norma, a purgação da mora e a contestação não poderiam ser cumuladas, ou seja, o devedor deveria optar por uma das duas opções (art. 3.º, § 2.º, na redação anterior).

Ainda pela redação anterior, requerida a purgação de mora, tempestivamente, o juiz marcaria a data para o pagamento da dívida, o que deveria ser feito em prazo não superior a dez dias. Ato contínuo, o juiz remetia os autos ao contador para cálculo do débito existente (art. 3.º, § 3.º, na redação anterior).

Contestado ou não o pedido e não purgada a mora, o juiz daria sentença em cinco dias, após o decurso do prazo de defesa, independentemente da avaliação do bem (art. 3.º, § 4.º, na redação anterior). A sentença, de que cabia apelação apenas no efeito devolutivo, não impediria a venda

extrajudicial do bem alienado fiduciariamente e consolidaria a propriedade e a posse plena e exclusiva nas mãos do proprietário (art. 3.º, § 5.º, na redação anterior).

Com a entrada em vigor da Lei 10.931/2004, ocorreram mudanças substanciais, como se nota da tabela comparativa exposta. O *caput* do art. 3.º não foi alterado, mas mudanças significativas atingiram os seus parágrafos. Desse modo, pela norma atual, cinco dias após executada a liminar constante no *caput*, serão consolidadas a propriedade e a posse plena e exclusiva do bem no patrimônio do credor fiduciário, cabendo às repartições competentes, quando for o caso, expedir novo certificado de registro de propriedade em nome do credor, ou de terceiro por ele indicado, livre do ônus da propriedade fiduciária (art. 3.º, § 1.º, pela redação atual).

No prazo de cinco dias, o devedor fiduciante poderá pagar a integralidade da dívida pendente, segundo os valores apresentados pelo credor fiduciário na petição inicial da ação de busca e apreensão, hipótese na qual o bem lhe será restituído livre do ônus (art. 3.º, § 2.º, pela redação atual).

O devedor fiduciante apresentará resposta no prazo de quinze dias da execução da liminar (art. 3.º, § 3.º, pela redação atual). A norma não menciona mais a purgação da mora, mas apenas a contestação, o que gera dúvidas sobre a possibilidade de purgação nos termos da Súmula 284 do Superior Tribunal de Justiça.

Na opinião deste autor, a purgação está mantida, uma vez que a inovação introduzida pela Lei 10.931/2004 não é incompatível com a interpretação pela qual, sendo a alienação decorrente de uma relação de consumo, a purgação da mora continua cabível.

Ora, o art. 54, § 2.º, do Código de Defesa do Consumidor admite que os contratos de adesão tenham cláusula resolutiva, desde que a escolha caiba ao consumidor. Pelo sistema de protecionismo a favor do consumidor, conclui-se que a nova norma somente conferiu mais uma faculdade ao consumidor, no caso o devedor fiduciante, que é a de obter a extinção do contrato com a restituição do bem alienado, livre de ônus, pelo cumprimento total das obrigações assumidas. Deduzindo dessa forma:

"Agravo de instrumento. Alienação fiduciária. Busca e apreensão. Pedido liminar que se deve deferir comprovada a mora do devedor. Art. 3.º, § 1.º, do Decreto-lei 911/1969. Pagamento da integralidade da dívida pendente, entendida esta como prestações já vencidas. Inteligência do art. 54, § 2.º, do CDC. Constituída propriedade fiduciária de bem móvel infungível, e apresentando-se a instituição financeira como credora fiduciária, imperativa a incidência do DL 911/1969, com as modificações introduzidas pela Lei 10.931/2004, seja para observância do direito material (Código Civil, art. 1.368-A), seja para aplicação do direito processual (DL 911/1969, art. 8.º-A). Comprovado o inadimplemento do devedor (conforme disciplina o art. 2.º, § 2.º, do DL 911/1969) e havendo pedido expresso por parte do credor fiduciário para concessão liminar de busca e apreensão do bem alienado, obrigatório o deferimento de tal pleito, sob pena de negativa de vigência de Lei Federal. O DL 911/1969, ao permitir que o devedor fiduciante pague somente a integralidade da dívida, afastando-se a purgação da mora, acaba por ensejar interpretação que afronta diametralmente o disposto pelo art. 54, § 2.º, do CDC, vez que admite a extinção antecipada do negócio jurídico, impondo-se, *ex vi legis*, a resolução contratual, à margem da orientação volitiva do consumidor. A purgação da mora deve ser considerada como expressão do diploma consumerista, vista como regra protetiva, e, portanto, dotada de *status* de norma constitucional, alçada a direito fundamental (art. 5.º, inciso XXXII, da Constituição da República) e erigida a princípio da ordem econômica (art. 170, inciso V)" (TJMG, Recurso 1.0702.08.431975-6/0011, Uberlândia, 13.ª Câmara Cível, Rel.ª Des.ª Cláudia Maia, j. 21.08.2008, *DJEMG* 15.09.2008).

"Alienação fiduciária de bem móvel. Busca e apreensão. Purgação da mora. Direito não afastado pela nova redação do Decreto-lei 911/1969 pela Lei Federal 10.931/2004. Desnecessidade do pagamento de 40% do preço financiado. Inconstitucionalidade da previsão de consolidação da posse em mãos do credor fiduciário. Admissibilidade. Recurso provido" (TJSP, Agravo de Instrumento 1.008.659-0/9, Santa Bárbara d'Oeste, 30.ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Luiz Felipe Nogueira Junior, j. 15.02.2006).

Outros julgados surgiram, sucessivamente, entendendo pela manutenção da Súmula 284 do STJ: TJRS, Apelação Cível 256654-04.2009.8.21.7000, Viamão, 14.ª Câmara Cível, Rel. Des. Niwton Carpes da Silva, j. 31.03.2011, *DJERS* 14.04.2011; TJSP, Apelação 9201022-44.2009.8.26.0000, Acórdão 5101330, São José do Rio Preto, 35.ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Clóvis Castelo, j. 02.05.2011, *DJESP* 17.05.2011; TJSP, Agravo de Instrumento 0466858-02.2010.8.26.0000, Acórdão 5094151, Mirassol, 28.ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Eduardo Sá Pinto Sandeville, j. 26.04.2011, *DJESP* 17.05.2011 e TJMG, Agravo de Instrumento 0197982-05.2011.8.13.0000, Uberaba, 12.ª Câmara Cível, Rel. Des. José Flávio de Almeida, j. 27.04.2011, *DJEMG* 09.05.2011.

Todavia, a questão não é pacífica, sendo certo que do Segundo Tribunal de Alçada de São Paulo já existiam decisões em sentido contrário:

> "Alienação fiduciária. Busca e apreensão. Purgação da mora. Faculdade excluída pelas inovações introduzidas no Decreto-lei 911/1969 pela Lei 10.931/2004. Inadmissibilidade. Não há se falar em purgação da mora nos contratos de alienação fiduciária em garantia, ante as modificações trazidas pela Lei 10.931/2004" (Segundo Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, AI 873.712-00/6, 8.ª Câm., Rel. Juiz Orlando Pistoresi, j. 02.12.2004).

Na mesma linha, outros tantos arestos trazem a mesma conclusão, de superação da súmula (ver: TJDF, Recurso 2010.00.2.006330-9, Acórdão 430.572, 3.ª Turma Cível, Rel. Des. Humberto Adjuto Ulhôa, *DJDFTE* 01.07.2010, p. 71 e TJMG, Agravo de Instrumento 0053691-09.2011.8.13.0000, Montes Claros, 17.ª Câmara Cível, Rel.ª Des.ª Márcia de Paoli Balbino, j. 03.03.2011, *DJEMG* 05.04.2011). Do próprio Superior Tribunal de Justiça, infelizmente, concluindo desse modo:

> "Agravo Regimental no Recurso Especial. Fundamentos insuficientes para reformar a decisão agravada. Contrato garantido com cláusula de alienação fiduciária. Ação de busca e apreensão. Purgação da mora após a vigência da Lei 10.931/04. Impossibilidade. Necessidade de pagamento da integralidade da dívida. Súmula 83 do STJ. 1. O agravante não trouxe argumentos novos capazes de infirmar os fundamentos que alicerçaram a decisão agravada, razão que enseja a negativa de provimento ao agravo regimental. 2. Com a nova redação do artigo 3.º do Decreto-Lei 911/69, dada pela Lei 10.931/04, não há mais se falar em purgação da mora nas ações de busca e apreensão de bem alienado fiduciariamente, devendo o devedor pagar a integralidade da dívida, no prazo de 5 dias após a execução da liminar, hipótese na qual o bem lhe será restituído livre de ônus. 3. A perfeita harmonia entre o acórdão recorrido e a jurisprudência dominante desta Corte Superior impõe a aplicação, à hipótese dos autos, do Enunciado 83 da Súmula do STJ. 4. Agravo regimental não provido" (STJ, AgRg no REsp 1.183.477/DF, Rel. Min. Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS), 3.ª Turma, j. 03.05.2011, *DJe* 10.05.2011).

De toda sorte, observe-se que a questão ainda não encontrou visão pacífica na prática jurisprudencial. Tanto isso é verdade que a Súmula 284 ainda não foi cancelada pela Corte Superior, restando a controvérsia na prática do Direito Privado Brasileiro.

Seguindo no estudo das inovações legais, a resposta do devedor fiduciante poderá ser apresentada, ainda que ele tenha pagado a dívida apresentada pelo credor na petição inicial, desde que entenda ter havido pagamento a maior e deseje a devida restituição (art. 3.º, § 4.º, pela redação atual).

Este autor continua a entender, na linha do que constava das edições anteriores da obra, que a norma adota, implicitamente, a cláusula *solve et repete* ("paga e depois pede"). Nesse contexto, primeiro o devedor paga o que lhe é cobrado para, depois, se pagou valores maiores aos efetivamente devidos, pedir a restituição. Em suma, exclui-se a máxima da exceção de contrato não cumprido (*exceptio non adimplete contractus*), segundo a qual, em um contrato bilateral, uma parte não pode exigir que a outra cumpra com a sua prestação se não cumprir com a própria.

Frise-se que, apesar do silêncio da lei, os valores pagos a maior serão monetariamente corrigidos e acrescidos de juros, sob pena de configuração do enriquecimento sem causa, o que é vedado pelo Direito Civil Brasileiro (art. 884 do CC).

Também na linha do que constava das edições anteriores desta obra, forçoso concluir que, na hipótese, pode o devedor se utilizar do disposto no art. 940 do CC/2002, que permite que seja cobrado do credor o equivalente ao valor exigido em excesso, pois se trata de situação em que o credor *pede mais do que é devido*. Se a relação jurídica estabelecida for de consumo, aplica-se o art. 42, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor, pelo qual o consumidor cobrado em quantia indevida tem direito à repetição do indébito, por valor igual ao dobro do que pagou em excesso, acrescido de correção monetária e juros legais, salvo hipótese de engano justificável. Cabe destacar que os dispositivos do Código Civil e do Código de Defesa do Consumidor consagram hipóteses de dano presumido (dano *in re ipsa*), não havendo necessidade de prova do prejuízo.

Seguindo no estudo das regras do Decreto-lei 911/1969, da sentença cabe apelação apenas no efeito devolutivo, como já era no sistema anterior (art. 3.º, § 5.º, pela redação atual). Isso, diante da urgência para a retomada do bem.

Além disso, na sentença que decretar a improcedência da ação de busca e apreensão, o juiz condenará o credor fiduciário ao pagamento de multa, em favor do devedor fiduciante, equivalente a cinquenta por cento do valor originalmente financiado, devidamente atualizado, caso o bem já tenha sido alienado (art. 3.º, § 6.º, pela redação atual). Se a referida multa for exagerada, cabe a redução equitativa prevista pelo art. 413 do CC/2002. A redução é de ofício pelo juiz, não cabendo afastar a norma por cláusula contratual, pois se trata de preceito de ordem pública (Enunciados n. 355 e 356, da *IV Jornada de Direito Civil*).

A multa em questão não exclui a possibilidade de o credor fiduciário responder pelas perdas e danos que o caso concreto demonstrar (art. 3.º, § 7.º, da redação atual). Por fim, a busca e apreensão prevista no art. 3.º constitui um processo autônomo e independente de qualquer procedimento posterior, tendo caráter totalmente satisfativo (art. 3.º, § 8.º, da redação atual).

Não se pode esquecer, em complemento, que, presente a relação de consumo na alienação fiduciária em garantia de bens móveis – como é bem comum –, merece aplicação o art. 53 da Lei 8.078/1990, que consagra a nulidade absoluta da cláusula de decaimento, de perda de todas as parcelas pagas pelo devedor nos casos de inadimplemento (nessa linha de conclusão, mais uma vez: STJ, REsp 401.702/DF, 4.ª Turma, Rel. Min. Barros Monteiro, j. 07.06.2005, *DJ* 29.08.2005, p. 346).

Repise-se, em reforço, que a jurisprudência superior tem aplicado à alienação fiduciária a teoria do adimplemento substancial para afastar a busca e apreensão da coisa nos casos em que a mora do devedor é insignificante (novamente: STJ, REsp 469.577/SC, 4.ª Turma, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 25.03.2003, *DJ* 05.05.2003, p. 310).

Voltando à busca e apreensão e à grande polêmica que sempre existiu quanto ao tema, diz respeito à possibilidade de prisão do devedor fiduciante, pelo seu enquadramento como depositário infiel. Vejamos tal tema, mais uma vez, que deve ser retomado neste capítulo por razões didáticas.

O fundamento dessa prisão civil, na lei específica, constava do art. 4.º do Decreto-lei 911/1969, *in verbis*: “Se o bem alienado fiduciariamente não for encontrado ou não se achar na posse do

devedor, o credor poderá requerer a conversão do pedido de busca e apreensão, nos mesmos autos, em ação de depósito, na forma prevista no Capítulo II, do Título I, do Livro IV, do Código de Processo Civil”. Trata-se de uma especialização infraconstitucional da regra máxima do art. 5.º, inc. LXVII, da Constituição Federal, segundo o qual: “não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel”.

Antes mesmo da mudança de todo o panorama a respeito da matéria, já existiam fortes resistências a respeito da prisão específica do devedor fiduciante. Isso porque, para muitos juristas, não haveria na alienação fiduciária um depósito típico, mas atípico, não sendo o caso de se aplicar os dispositivos específicos de depósito a respeito da prisão, caso do art. 655 do Código Civil de 2002.

Essa era a opinião, por exemplo, de Álvaro Villaça Azevedo, para quem “não existe, na alienação fiduciária em garantia, a figura do depositário, pois, em verdade, o alienante (devedor) é o proprietário, porque, desde o início negocial, sofre ele o risco da perda do objeto” (AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Prisão civil*..., 1993, p. 109). Este autor também sempre pensou dessa maneira, estando filiado às lições de José Fernando Simão, desenvolvidas nas edições anteriores desta obra, a seguir transcritas:

“Em razão desta breve síntese, é possível perceber que, na alienação fiduciária em garantia, estamos diante de situação de depósito atípico por diversos motivos que são explicados a seguir.

O primeiro deles é que, apesar de a propriedade fiduciária pertencer ao credor, cabe ao devedor, na qualidade de depositário, o pagamento de impostos e taxas incidentes sobre o bem, e também o valor da prestação condominial, no caso de bem imóvel. Nesse sentido, a Lei 9.514/1997 não deixa dúvidas, ao prever que responde o devedor fiduciante pelo pagamento dos impostos, taxas, contribuições condominiais e quaisquer outros encargos que recaiam ou venham a recair sobre o imóvel, cuja posse tenha sido transferida para o credor fiduciário, até a data em que o fiduciário vier a ser imitido na posse (art. 27, § 8.º, com a redação dada pela Lei 10.931/2004). Ora, se depósito típico fosse, poderia o depositário cobrar do depositante as despesas de guarda e conservação da coisa (art. 643 do CC).

O segundo motivo é que o depositário não se utiliza da coisa, via de regra, mas apenas guarda, conserva e restitui quando exigido pelo depositante (art. 640 do CC). No caso da propriedade fiduciária, o devedor tem a posse direta do bem e o utiliza normalmente, à semelhança do que se verifica em outros direitos de garantia. Aliás, o Código Civil expressamente admite o uso da coisa pelo devedor, segundo sua destinação (art. 1.363 do CC), o que independe da concordância do credor. No caso de bem imóveis, a situação é mais evidente. Se a alienação fiduciária prevista na Lei 9.514/1997 tem, entre os seus objetivos, permitir e facilitar a aquisição de bens imóveis, nenhum sentido faria o credor ficar na posse do bem ou impedir a utilização pelo devedor. O devedor é que terá a posse direta e o utilizará como lhe convier (art. 23, parágrafo único, da Lei 9.514/1997).

O terceiro ponto que demonstra o afastamento da noção de depósito com a situação criada pela alienação fiduciária é que, em regra, entre depositante e depositário há uma relação de confiança pela qual o depositante entrega seus bens ao depositário para a guarda. Na alienação fiduciária, como forma de criação de uma garantia, a confiança é elemento estranho ao contrato.

Nesse ponto, poder-se-ia indagar o leitor: o termo fidúcia não significa exatamente confiança? Realmente, o termo fides em latim (fé) remonta à ideia de confiança (cum fides). Entretanto, no caso da alienação fiduciária, como importante instrumento de criação de garantias reais, pouca ou nenhuma confiança se estabelece entre as partes contratantes que são verdadeiros estranhos. Inexiste na figura do depósito atípico a questão da pessoalidade inerente ao depósito tradicional, porque, repita-se, os contratantes são verdadeiros estranhos” (TARTUCE, Flávio: SIMÃO, José Fernando. *Direito civil*..., 2013, v. 4, p. 541-542).

De toda sorte, a grande maioria dos julgados, sobretudo do Supremo Tribunal Federal, concluía pela possibilidade de prisão civil do devedor fiduciante na alienação fiduciária em garantia de bens imóveis. A ilustrar, vejamos três ementas, com tal dedução:

“*Habeas corpus*. Alienação fiduciária em garantia. Prisão civil do devedor como depositário infiel. Sendo o devedor, na alienação fiduciária em garantia, depositário necessário por força de disposição legal que não desfigura essa caracterização, sua prisão civil, em caso de infidelidade, se enquadra na ressalva contida na parte final do artigo 5.º, LXVII, da Constituição de 1988. – Nada interfere na

questão do depositário infiel em matéria de alienação fiduciária o disposto no § 7.º do artigo 7.º da Convenção de San José da Costa Rica. *Habeas corpus* indeferido, cassada a liminar concedida" (STF, HC 72.131/ RJ, Tribunal Pleno, Rel. Desig. Min. Moreira Alves, j. 23.11.1995, *DJU* 01.08.2003, p. 103).

"Prisão civil. Depositário infiel. É atribuído ao devedor, na alienação fiduciária, a qualidade de depositário, com todas as responsabilidades e encargos que lhe incumbem de acordo com a Lei Civil e penal. E ao depositário infiel cabe aplicar-se a prisão civil de que trata a invocada disposição constitucional. Precedentes do STF. Regimental não provido" (STF, AI-AgR 374.231/PR, 2.ª Turma, Rel. Min. Nelson Jobim, j. 06.08.2002, *DJU* 11.10.2002, p. 37).

"Recurso extraordinário. Ação de depósito. Prisão civil do depositário infiel. Penhor agrícola. Art. 5.º, LXVII, da Constituição. Esta Corte, em inúmeros acórdãos, inclusive de seu Plenário, já firmou o entendimento de que a Constituição, em seu artigo 5.º, LXVII, empregou a expressão 'depositário infiel' tanto para o caso do depósito convencional quanto para os casos de depósito legal, tanto assim que considera constitucional a prisão civil do devedor-depositário na alienação fiduciária em garantia, em que o depósito integra necessariamente a estrutura da garantia representada pela propriedade fiduciária" (STF, RE 250.812/RS, Rel. Min. Moreira Alves, j. 20.11.2001).

A questão não era pacífica nas Cortes Superiores, uma vez que o Superior Tribunal de Justiça, por maioria, se posicionava contra a prisão civil, assim como alguns Tribunais Estaduais. Vejamos mais três acórdãos, citados nas edições anteriores desta obra, com o fim de demonstrar a controvérsia:

"Alienação fiduciária. Prisão civil. Não cabe a prisão civil do devedor que descumpre contrato garantido por alienação fiduciária. Embargos acolhidos e providos" (STJ, EREsp 149.518/GO, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, Corte Especial, j. 05.05.1999, *DJ* 28.02.2000, p. 29).

"*Habeas corpus*. Prisão civil. Depositário infiel. Contrato de alienação fiduciária em garantia. No contrato de alienação fiduciária em garantia, é incabível a prisão do devedor fiduciante, visto que não equiparável a depositário infiel. Precedentes. Ressalva pessoal" (STJ, HC 57.309/DF, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3.ª Turma, j. 06.06.2006, *DJ* 19.06.2006, p. 131).

"Processo civil. *Habeas corpus*. Alienação fiduciária. Automóvel. Busca e apreensão. Conversão em depósito. Prisão civil. Impossibilidade. Coisa julgada. Irrelevância. Concessão da ordem. 1. Consoante pacificado pela Corte Especial, em caso de conversão da ação de busca e apreensão em ação de depósito, torna-se inviável a prisão civil do devedor fiduciário, porquanto as hipóteses de depósito atípico não estão inseridas na exceção constitucional restritiva de liberdade, inadmitindo-se a respectiva ampliação. Ademais, descabida, nestes casos, a equiparação do devedor à figura do depositário infiel. 2. Cumpre ressaltar também que o trânsito em julgado da decisão proferida na Ação de Depósito atípico não constitui óbice ao afastamento de constrangimento ilegal provocado pela mesma, mormente quando utilizada a via do remédio heroico. Precedentes. 3. Ordem concedida, para afastar a cominação de prisão do ora paciente, expedindo-se o necessário salvo-conduto" (STJ, HC 45.395/DF, Rel. Min. Jorge Scartezzini, 4.ª Turma, j. 20.09.2005, *DJ* 17.10.2005, p. 295).

Sucessivamente, repise-se, pois fundamental para o capítulo, que a questão recebeu novo dimensionamento com a Emenda Constitucional 45, de 8 de dezembro de 2004, que acrescentou um § 3.º ao art. 5.º da Carta cujo teor é o seguinte: "Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais".

Pela nova ordem, os tratados referentes aos direitos humanos equivalem à emenda constitucional. Assim sendo, se o Pacto de San José tivesse sido ratificado posteriormente à Constituição Federal, a conclusão seria pela revogação parcial do art. 5.º, LXVII, no tocante à prisão do depositário infiel.

O problema que surgiu está relacionado ao fato de que o Pacto de San José foi retificado pelo Brasil antes da vigência da Emenda Constitucional 45. Então, surgiu dúvida a respeito do alcance da mutação constitucional quanto aos tratados internacionais celebrados antes de sua vigência, ou seja, a Emenda Constitucional 45 produziria efeitos retroativos.

Como apontado no Volume 3 da presente coleção, a resposta é positiva quanto aos efeitos

retroativos da alteração do Texto Maior, pois se deve entender que a Emenda Constitucional em questão se aplica aos tratados anteriores, pois seria ilógico concluir ao contrário, eis que os tratados mais importantes sobre o tema já foram editados e ratificados pelos países democráticos, caso do Brasil.

Antes mesmo da promulgação da Emenda Constitucional e da entrada em vigor do Código Civil de 2002, o art. 652 do CC/2002 era criticado por doutrinadores de Direito Internacional Público, caso de Valério de Oliveira Mazzuoli, sendo suas as seguintes palavras:

> "Sem embargo, entretanto, como vimos, a norma do art. 652 do novo Código Civil, será, desde a sua entrada em vigor (em janeiro de 2003), absolutamente inconstitucional, violadora que será do preceito do art. 5.º, LXVII, da Carta da República, modificada em sua segunda parte ('rectius': inaplicável a sua Segunda partes) pelo Pacto de San José da Costa Rica, de modo que o Decreto-lei 911/1969, mesmo com o ingresso desse novo diploma civil em vigor, continuará equiparando o devedor do contrato de alienação fiduciária a algo que continua a não existir, perpetuando-se como uma norma eternamente vazia no que toca à imposição a esse devedor da medida coativa da prisão. Somente esta saída é que resta na resolução desse futuro problema que, brevemente, virá à tona. O problema, aqui, como se vê, deixa de ser mero conflito de leis no tempo, para dar lugar a verdadeiro conflito entre leis internas e a Constituição" (*Prisão*..., 2002, p. 180).

Na linha das lições transcritas, deve-se concluir, em reforço, que os tratados internacionais anteriores à EC 45/2004 não necessitam de aprovação pelo Congresso Nacional, sendo tal requisito uma mera formalidade de confirmação da materialidade da convenção internacional de Direitos Humanos.

A propósito, Flávia Piovesan defendia, há tempos, que os tratados internacionais de direitos humanos, a partir da sua ratificação, já teriam força constitucional quanto ao aspecto material. "Contudo, para que os tratados de direitos humanos obtenham assento formal na Constituição, requer-se a observância do *quorum* qualificado" (PIOVESAN, Flávia. *Reforma*..., 2005, p. 48). Sintetizando as palavras da professora da PUC/SP, "todos os tratados internacionais de direitos humanos são materialmente constitucionais, por força do § 2.º do art. 5.º da CF/1988 ('Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte')".

Nesse contexto, parece ter razão a doutrina que sustenta estar o art. 652 do CC/2002 – que trata da prisão do depositário – eivado de inconstitucionalidade, uma vez que a prisão civil não é admitida por um tratado internacional de direitos humanos do qual o nosso País é signatário, e que tem força constitucional. A premissa sempre valeu, na opinião deste autor, para todos os casos de depósito, inclusive no depósito atípico presente na alienação fiduciária em garantia.

Argumento contrário a esse poderia sustentar que a prisão civil por dívidas prevista no art. 5.º, LXVII, da CF/1988 constitui cláusula pétrea. Realmente é um ótimo argumento, sendo evidente a presença de uma antinomia entre dois preceitos constitucionais, eis que os tratados internacionais de direitos humanos, caso do Pacto de San José, também têm força constitucional.

No caso em questão, pode ser invocado o critério cronológico para apontar que prevalece o teor do Pacto de San José (que também "entra" no referido art. 5.º da CF/1988). Vale lembrar que essa entrada definitiva como cláusula pétrea, no aspecto material, ocorreu recentemente, com a entrada em vigor da EC 45/2004.

Outro caminho é fazer uma *ponderação, sopesamento* ou *pesagem* entre os direitos fundamentais

em conflito, quais sejam o direito do credor de pedir a prisão do devedor com base no art. 5.º, LXVII, da CF/1988 *versus* o direito do devedor de não ser preso com fundamento no Pacto de San José (art. 5.º, § 3.º, da CF/1988). A ponderação será feita de forma contrária à prisão, entrando em cena o *princípio dos princípios*, aquele que visa proteger a dignidade da pessoa humana (art. 1.º, III, da CF/1988). Também trilhando esse caminho, a prisão deve ser afastada.

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, quase sempre pioneiro, vinha entendendo que não caberia a prisão do depositário infiel, no depósito convencional e voluntário, pelas mesmas razões que foram aqui apontadas:

> "Agravo de instrumento. Ação de execução. Penhora de imóvel. Depositário. Alienação de área. Descabida a vinculação do depósito do valor obtido, com a venda de parte do bem penhorado, com a possibilidade de prisão civil do depositário, ainda que infiel, uma vez que esta não mais vigora no ordenamento jurídico nacional, limitando-se a mesma apenas aos casos de inadimplência da obrigação alimentícia. EC 45 – Pacto de San José da Costa Rica. Deram provimento ao agravo de instrumento. Unânime" (TJRS, Agravo de Instrumento 70014986525, 17.ª Câmara Cível, Relator: Alexandre Mussoi Moreira, j. 28.09.2006).

Do corpo do julgado, pode-se extrair o seguinte trecho que confirma toda a tese esposada: "De acordo com o citado § 3.º, do art. 5.º, da CF/1988, a Convenção continua em vigor, com força de emenda constitucional. A regra emanada pelo dispositivo é clara no sentido de que os tratados internacionais concernentes a direitos humanos nos quais o Brasil seja parte devem ser assimilados pela ordem jurídica do país como normas de hierarquia constitucional, não se podendo olvidar que o § 1.º do art. 5.º, peremptoriamente, dispõe que '(...) *as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata*'. Assim, com a redação dada pela EC 45 ao § 3.º do art. 5.º, o Pacto de San José da Costa Rica foi resgatado pela nova disposição constitucional" (destacamos). O que se percebe é que foi adotado o entendimento segundo o qual as normas que protegem a pessoa humana, previstas na Constituição Federal de 1988, têm aplicação imediata entre os particulares (*eficácia horizontal dos direitos fundamentais*).

Mas, realmente, as decisões que revolucionaram a matéria foram prolatadas pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal, no final do ano de 2008. Revendo posicionamentos anteriores, os ministros do STF entenderam ser inconstitucional a prisão do depositário no caso de alienação fiduciária em garantia, regida pelo Decreto-lei 911/1969, ou mesmo em qualquer modalidade de depósito (STF, RE 466.343/SP e HC 87.585/TO, ambos de dezembro de 2008, publicados no *Informativo* n. *531* do STF).

No voto que acabou prevalecendo, o Ministro Gilmar Mendes conclui que "A prisão civil do depositário infiel não mais se compatibiliza com os valores supremos assegurados pelo Estado Constitucional, que não está mais voltado apenas para si mesmo, mas compartilha com as demais entidades soberanas, em contextos internacionais e supranacionais, o dever de efetiva proteção dos direitos humanos".

Assim, prevaleceu a tese de que a vedação da prisão civil, constante do Pacto de San José da Costa Rica, tem *força supralegal*, isto é, entre a Constituição Federal e as leis ordinárias, o que tira os fundamentos inferiores – nas leis ordinárias –, para a possibilidade de prisão civil do depositário. Foram ressalvados, pois vencidos, os posicionamentos dos Ministros Celso de Mello, Cezar Peluso, Ellen Gracie e Eros Grau, que entenderam que o Pacto de San José tem qualificação constitucional, conforme a tese exposta pelos autores desta obra (STF, HC 87.585/TO, Rel. Min. Marco Aurélio, j.

03.12.2008). A ementa desse último julgado merece transcrição, para os devidos esclarecimentos, conforme publicação no *Informativo* n. *531* do STF:

> "Em conclusão de julgamento, o Tribunal concedeu *habeas corpus* em que se questionava a legitimidade da ordem de prisão, por 60 dias, decretada em desfavor do paciente que, intimado a entregar o bem do qual depositário, não adimplira a obrigação contratual — v. Informativos n. 471, 477 e 498. Entendeu-se que a circunstância de o Brasil haver subscrito o Pacto de São José da Costa Rica, que restringe a prisão civil por dívida ao descumprimento inescusável de prestação alimentícia (art. 7.º, 7), conduz à inexistência de balizas visando à eficácia do que previsto no art. 5.º, LXVII, da CF ('não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel;'). Concluiu-se, assim, que, com a introdução do aludido Pacto no ordenamento jurídico nacional, restaram derrogadas as normas estritamente legais definidoras da custódia do depositário infiel. Prevaleceu, no julgamento, por fim, a tese do *status* de supralegalidade da referida Convenção, inicialmente defendida pelo Min. Gilmar Mendes no julgamento do RE 466343/SP, abaixo relatado. Vencidos, no ponto, os Ministros Celso de Mello, Cezar Peluso, Ellen Gracie e Eros Grau, que a ela davam a qualificação constitucional, perfilhando o entendimento expendido pelo primeiro no voto que proferira nesse recurso. O Min. Marco Aurélio, relativamente a essa questão, se absteve de pronunciamento" (STF, HC 87.585/TO, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 03.12.2008).

Destaque-se que o entendimento do Supremo Tribunal Federal foi no sentido de não se admitir a prisão civil em qualquer modalidade de depósito, seja ele convencional ou judicial, típico ou atípico, englobando a alienação fiduciária em garantia. Conforme decisão também publicada no *Informativo* n. *531* do STF, foi cancelada a Súmula 619 do próprio STF, segundo a qual "A prisão do depositário judicial pode ser decretada no próprio processo em que se constitui o encargo, independentemente da propositura da ação de depósito". Em suma, também no depósito judicial, a prisão civil não se coaduna com o sistema jurídico nacional (STF, HC 92.566/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 03.12.2008).

Mais recentemente foi editada pelo Excelso Pretório, em 16 de dezembro de 2009, a Súmula Vinculante 25, com o seguinte teor: "É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito". Fez o mesmo o Superior Tribunal de Justiça com a sua Súmula 419, *in verbis*: "Descabe a prisão civil do depositário judicial infiel" (3 de março de 2010).

Desse modo, a questão se estabilizou. A infeliz prisão civil na alienação fiduciária em garantia de bem móvel foi banida da nossa realidade jurídica. Mais do que isso, não cabe a prisão civil em qualquer modalidade de depósito, incluindo o descumprimento contratual (art. 652 do CC/2002). E não poderia ser diferente, pois a prisão civil somente se justifica nos casos que envolvem o não pagamento dos alimentos. Para concluir, é de se lembrar as circunstâncias de imposição do Decreto-lei 911/1969, regulamentando o AI-5 e legitimando o Estado de exceção que imperava em nosso País.

9.4 A ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA DE BENS IMÓVEIS. REGRAS PREVISTAS NA LEI 9.514/1997

A encerrar o presente capítulo e também a obra, será estudada a alienação fiduciária em garantia de bens imóveis, particularmente as regras previstas na Lei 9.514/1997. Essa lei dispõe sobre o Sistema Financeiro de Habitação, tratando do instituto entre os seus arts. 22 a 33. A norma também sofreu alterações pelas Leis 10.931/2004 (*Lei do Pacto Imobiliário*) e 11.481, de 31 de maio de 2007.

O art. 22 da Lei 9.514/1997 conceitua a alienação fiduciária em garantia de bem imóvel como

sendo "o negócio jurídico pelo qual o devedor, ou fiduciante, com o escopo de garantia, contrata a transferência ao credor, ou fiduciário, da propriedade resolúvel de coisa imóvel". O conceito está de acordo com a estrutura do instituto, antes demonstrada. A norma é clara ao preceituar que a propriedade do credor fiduciário é resolúvel, pois pago o preço, geralmente de um financiamento, o devedor fiduciante consolida a propriedade em seu nome (art. 25 da Lei 9.514/1997).

Anote-se que não há qualquer óbice para que o imóvel alienado seja dado mais uma vez em garantia, pela mesma modalidade. Nesse sentido, aliás, enunciado aprovado na *V Jornada de Direito Civil*, com a seguinte redação: "Estando em curso contrato de alienação fiduciária, é possível a constituição concomitante de nova garantia fiduciária sobre o mesmo bem imóvel, que, entretanto, incidirá sobre a respectiva propriedade superveniente que o fiduciante vier a readquirir, quando do implemento da condição a que estiver subordinada a primeira garantia fiduciária; a nova garantia poderá ser registrada desde a data em que convencionada e será eficaz desde a data do registro, produzindo efeito *ex tunc*" (Enunciado n. 506).

Como outrora exposto, a Lei 11.481/2007 introduziu um § 1.º ao art. 22 da lei aqui estudada prevendo que a alienação fiduciária poderá ser contratada por pessoa física ou jurídica, não sendo privativa das entidades que operam no Sistema de Financiamento Imobiliário. Ato contínuo, além da propriedade plena, podem ser objeto de alienação fiduciária em garantia:

I – os bens enfitêuticos, hipótese em que será exigível o pagamento do laudêmio, se houver a consolidação do domínio útil no fiduciário;

II – o direito de uso especial para fins de moradia;

III – o direito real de uso, desde que suscetível de alienação;

IV – a propriedade superficiária.

Nos casos envolvendo o direito real de uso e a propriedade superficiária, o direito de garantia fica limitado à duração da concessão ou do direito de superfície, caso tenham sido transferidos por período determinado (art. 22, § 2.º, da Lei 9.514/1997, igualmente incluído pela Lei 11.481/2007).

Voltando à estrutura da alienação fiduciária, e repetindo, há um desmembramento da posse: o dever fiduciante é possuidor direto; credor fiduciário é possuidor indireto (art. 23, parágrafo único, da Lei 9.514/1997). O art. 23 da Lei 9.514/1997 estabelece que esta propriedade fiduciária será constituída mediante registro, no competente Registro de Imóveis, do contrato que lhe serve de título. Isso para gerar efeitos como verdadeiro direito real de garantia.

A exemplo do que consta do Código Civil e do Decreto-lei 911/1969, o art. 24 da Lei 9.514/1997 consagra os requisitos do instrumento ou contrato que serve de título ao negócio fiduciário, que envolvem a sua eficácia, a saber:

a) o valor do principal da dívida;

b) o prazo e as condições de reposição do empréstimo ou do crédito do fiduciário;

c) a taxa de juros e os encargos incidentes;

d) a cláusula de constituição da propriedade fiduciária, com a descrição do imóvel objeto da alienação fiduciária e a indicação do título e modo de aquisição;

e) a cláusula assegurando ao fiduciante, enquanto adimplente, a livre utilização, por sua conta e risco, do imóvel objeto da alienação fiduciária;

f) a indicação, para efeito de venda em público leilão, do valor do imóvel e dos critérios para a respectiva revisão;

g) a cláusula dispondo sobre os procedimentos do leilão judicial previsto no art. 27 da mesma lei.

Como mencionado, com o pagamento da dívida e seus encargos, resolve-se, nos termos do art. 25, *caput*, da lei, a propriedade fiduciária do imóvel. Ocorrendo o pagamento, no prazo de trinta dias, a contar da data de liquidação da dívida, o fiduciário fornecerá o respectivo termo de quitação ao fiduciante, sob pena de multa em favor deste, equivalente a meio por cento ao mês, ou fração, sobre o valor do contrato (art. 25, § 1.º, da Lei 9.514/1997). Sendo apresentado esse termo de quitação, o oficial do competente Registro de Imóveis efetuará o cancelamento do registro da propriedade fiduciária (art. 25, § 2.º, da Lei 9.514/1997).

Seguindo, conforme o art. 26 da Lei 9.514/1997, vencida e não paga, no todo ou em parte, a dívida e constituído em mora o fiduciante, consolidar-se-á a propriedade do imóvel em nome do fiduciário. Os parágrafos do dispositivo regulamentam essa consolidação.

Em primeiro lugar, o devedor fiduciante, ou seu representante legal ou procurador regularmente constituído, será intimado, a requerimento do credor fiduciário, pelo oficial do competente Registro de Imóveis, a satisfazer, no prazo de 15 dias, a prestação vencida e as que vencerem até a data do pagamento, os juros convencionais, as penalidades e os demais encargos contratuais e legais (art. 26, § 1.º, da Lei 9.514/1997). O próprio instrumento do negócio definirá o prazo de carência após o qual será expedida a intimação (art. 26, § 2.º, da Lei 9.514/1997).

Essa intimação será feita pessoalmente ao devedor fiduciante, ao seu representante legal ou ao procurador regularmente constituído, podendo ser promovida, por solicitação do oficial do Registro de Imóveis ou por oficial de Registro de Títulos e Documentos da Comarca da situação do imóvel ou do domicílio de quem deva recebê-la, ou pelo correio, com aviso de recebimento (art. 26, § 3.º, da Lei 9.514/1997). Eventualmente, se o devedor fiduciante, ou seu representante legal ou procurador regularmente constituído se encontrar em local incerto e não sabido, o oficial certificará o fato.

Em casos tais, cabe ao oficial do competente Registro de Imóveis promover a intimação por edital, publicado por três dias, pelo menos, em um dos jornais de maior circulação local ou em outro de comarca de fácil acesso, se no local não houver imprensa diária (art. 26, § 4.º, da Lei 9.514/1997). Sendo purgada a mora no Registro de Imóveis, volta a valer a alienação fiduciária, com todos os seus efeitos jurídicos (art. 26, § 5.º, da Lei 9.514/1997). Ocorrendo essa purgação, nos moldes do art. 401, II, do CC, o oficial do Registro de Imóveis, nos três dias seguintes, entregará ao credor fiduciário as importâncias recebidas, deduzidas as despesas de cobrança e de intimação (art. 26, § 6.º, da Lei 9.514/1997).

O § 7.º do art. 26 foi alterado pela Lei 10.931/2004. O dispositivo anterior previa que, decorrido o prazo de 15 dias, sem a purgação da mora, o oficial do competente Registro de Imóveis promoveria à vista da prova do pagamento do imposto de transmissão *inter vivos* pelo credor fiduciário, o registro, na matrícula do imóvel, da consolidação da propriedade em nome deste último.

A nova redação utiliza o termo *averbação*, expressão que está de acordo com a melhor técnica registral. Além disso, faz menção ao pagamento de eventual laudêmio, valor percentual devido ao proprietário no caso de transmissão da enfiteuse. Espanta-nos essa última previsão, pois o Código Civil em vigor não só baniu a enfiteuse como proibiu a cobrança de laudêmio em qualquer caso (art. 2.038 do CC/2002).

Finalizando os procedimentos quanto à consolidação da propriedade, prevê o § 8.º do art. 26,

também incluído pela Lei 10.931/2004, que o devedor fiduciante pode, com a anuência do credor fiduciário, dar seu direito eventual ao imóvel em pagamento da dívida, dispensados os procedimentos previstos no art. 27 desta lei.

De acordo com esse último diploma legal, uma vez consolidada a propriedade em seu nome, o credor fiduciário, no prazo de 30 dias, contados da data do registro da consolidação, promoverá leilão público para a alienação do imóvel (art. 27, *caput*, da Lei 9.514/1997). Conforme enunciado doutrinário aprovado na *V Jornada de Direito Civil*, "Do leilão, mesmo que negativo, a que se refere o art. 27 da Lei n.º 9.514/1997, será lavrada ata que, subscrita pelo leiloeiro, poderá ser averbada no Registro de Imóveis competente, sendo a transmissão da propriedade do imóvel levado a leilão formalizada mediante contrato de compra e venda" (Enunciado n. 511).

Se, no primeiro leilão, o maior lance oferecido for inferior ao valor do imóvel, será realizado o segundo leilão, nos 15 dias seguintes (art. 27, § 1.º, da Lei 9.514/1997). Nesse segundo leilão, será aceito o maior lance oferecido, desde que igual ou superior ao valor da dívida, das despesas, dos prêmios de seguro, dos encargos legais, inclusive tributos, e das contribuições condominiais (art. 27, § 2.º, da Lei 9.514/1997). Essa última previsão é que será criticada, tendo em vista o sistema vigente de Direito Civil, baseado nos princípios da eticidade e da socialidade.

Para fins desse leilão, a lei considera como *dívida* o saldo devedor da operação de alienação fiduciária, na data da sua realização, nele incluídos os juros convencionais, as penalidades e os demais encargos contratuais. Considera como *despesas* a soma das importâncias correspondentes aos encargos e custas de intimação, bem como as necessárias à realização do leilão público, nestas compreendidas as relativas aos anúncios e à comissão do leiloeiro. É o que consta do § 3.º do art. 27 da Lei 9.514/1997, dispositivo de caráter esclarecedor e prático.

Ainda quanto ao leilão, nos cinco dias que se seguirem à venda do imóvel, o credor fiduciário entregará ao devedor fiduciante a importância que sobrar considerando-se nela compreendido o valor da indenização de benfeitorias, depois de deduzidos os valores da dívida e das despesas e encargos, fato esse que importará em recíproca quitação (art. 27, § 4.º, da Lei 9.514/1997). Entretanto, se no segundo leilão o maior lance oferecido não for igual ou superior ao valor da dívida e dos encargos contratuais, considerar-se-á extinta a dívida, estando o credor fiduciário dispensado do encargo de devolver quantias, por razões óbvias (art. 27, § 5.º, da Lei 9.514/1997). Nesse caso, o credor fiduciário, no prazo de cinco dias a contar da data do segundo leilão, dará ao devedor fiduciante quitação da dívida, mediante termo próprio (art. 27, § 6.º, da Lei 9.514/1997).

Na excepcionalidade de estar o imóvel locado, a locação poderá ser denunciada com o prazo de 30 dias para a desocupação, salvo se tiver havido concordância por escrito do credor fiduciário, devendo a denúncia, nesse último caso, ser realizada no prazo de 90 dias a contar da data da consolidação da propriedade a favor do último. Essa condição deve constar expressamente em cláusula contratual específica, destacando-se das demais por sua apresentação gráfica. Essa é a previsão do § 7.º do art. 27 da Lei 9.514/1997, incluída pela Lei 10.931/2004, e que traz como conteúdo o dever de informação, relacionado com a boa-fé objetiva, pela previsão de destaque da cláusula negocial.

Finalmente, dispõe o § 8.º do art. 27 da Lei 9.514/1997 que responde o devedor fiduciante pelo pagamento dos impostos, taxas, contribuições condominiais e quaisquer outros encargos que recaiam ou venham a recair sobre o imóvel, cuja posse tenha sido transferida para o credor fiduciário, até a

data em que o último vier a ser imitido na posse. Esse comando legal também foi incluído pela recente Lei 10.931/2004.

Analisadas todas as formalidades exigidas quanto à consolidação do imóvel em nome do credor fiduciário e ao leilão extrajudicial, duas questões podem ser aqui formuladas: O leilão extrajudicial previsto na Lei 9.514/1997 é inconstitucional? Os procedimentos previstos na lei ferem o princípio da socialidade, baluarte do Código Civil de 2002?

A suposta inconstitucionalidade do dispositivo estaria presente pelo fato de o leilão extrajudicial ferir as garantias do contraditório e da ampla defesa, protegidos como cláusulas pétreas no art. 5.º, LV, da Constituição Federal. Isso porque o leilão independe de ação judicial, ocorrendo de forma administrativa, perante o Registro de Imóveis.

Anote-se que a questão está sendo debatida perante o Pleno do Supremo Tribunal Federal, especificamente no que concerne ao leilão extrajudicial previsto no art. 32 do Decreto-Lei 70/1966, para os imóveis hipotecados com expedição de cédula hipotecária perante o sistema financeiro nacional. Como exposto no último capítulo desta obra, o julgamento está suspenso desde setembro de 2011. Destaque-se a existência de decisões anteriores do próprio *Excelso*, deduzindo pela constitucionalidade da norma (STF, RE 223.075/DF, 1.ª Turma, Rel. Min. Ilmar Galvão, j. 23.06.1998).

Na verdade, este autor entende que é exagerado entender pela inconstitucionalidade, *a priori*. Ora, conforme vem decidindo a jurisprudência, havendo abusos, o devedor fiduciante poderá questionar judicialmente o procedimento administrativo previsto na lei específica, assegurando-se o acesso à justiça e o contraditório:

"Alienação fiduciária. Bem imóvel. Reintegração de posse. Liminar. Consolidação da propriedade (artigos 26 e 30 da Lei 9.514/1997). Constitucionalidade. Reconhecimento. Observando-se, com rigor, os artigos 22 a 30 da Lei 9.514/1997 e consolidada a propriedade fiduciária em nome do credor, assegura-lhe a lei o direito à concessão liminar da reintegração de posse do imóvel, que deverá ser desocupado no prazo de sessenta dias. A previsão de leilão extrajudicial e consolidação da propriedade fiduciária em nome do credor por ato do registrador imobiliário não afronta a Constituição Federal, já que o acesso ao Judiciário, a ampla defesa e o contraditório continuam assegurados ao devedor que se sentir prejudicado" (Segundo Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, AI 880.879-00/2, 5.ª Câm., Rel. Des. Pereira Calças, j. 27.01.2005). No mesmo sentido, do mesmo tribunal: AI 843.474-00/2, 5.ª Câm., Rel. Juiz Luis de Carvalho, j. 14.04.2004 e AI 843.474-00/2, 5.ª Câm., Rel. Juiz Luis de Carvalho, j. 14.04.2004.

"Alienação fiduciária. Revisão contratual. É certo facultar-se ao credor-fiduciário, verificada a inadimplência do devedor-fiduciante, vender, em leilão público, o bem imóvel objeto do contrato; contudo, se se exigir depósito judicial de parte do valor da dívida, nessa hipótese, para o caso de sair-se vencido da demanda contra ele aforada. Decisão Reformada. Recurso parcialmente provido" (TJSP, Agravo de Instrumento 891371-0/0, São Paulo, 25.ª Câmara de Direito Privado, Relator: Marcondes D'Angelo, j. 02.06.2005, v.u.).

Ainda em sede de Tribunal de Justiça de São Paulo, anote-se a existência da Súmula 20, prescrevendo que "A execução extrajudicial, fundada no Decreto-Lei n.º 70, de 21.11.1966, é constitucional". Outros acórdãos da Corte Estadual trazem a mesma conclusão para o leilão previsto para a alienação fiduciária em garantia, unificando a conclusão a respeito da constitucionalidade do leilão nos dois institutos (por todos: TJSP, Agravo de Instrumento 0216122-90.2012.8.26.0000, Rel. Alexandre Lazzarini, São Paulo, 6.ª Câmara de Direito Privado, j. 01.11.2012, data de registro: 06.11.2012; TJSP, Apelação 9275200-95.2008.8.26.0000, Rel. S. Oscar Feltrin, São Paulo, 29.ª Câmara de Direito Privado, j. 31.10.2012, data de registro: 01.11.2012).

Fazendo outro paralelo legislativo, entender que o procedimento administrativo constante da Lei

9.514/1997 é inconstitucional é o mesmo que concluir que a Lei de Arbitragem também o é, pois esta lei estaria afastando a garantia constitucional do acesso à justiça, uma vez que possibilita o afastamento de controvérsia pelo Poder Judiciário quando as partes convencionarem que a questão envolvendo o contrato ou a obrigação será decidida por árbitros de sua confiança. E, como é notório, o Supremo Tribunal Federal já entendeu pela constitucionalidade da Lei 9.307/1996, até porque a arbitragem constitui um dos mais efetivos modos alternativos de solução de conflitos, como exercício da autonomia privada (STF, AgR. 5.206/SE, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJ* 30.04.2004).

Na doutrina atual, surge entendimento pelo qual o leilão extrajudicial aqui comentado está de acordo com a função social da propriedade. Isso porque a facilidade do credor fiduciário em receber o seu crédito e o leilão como meio coercitivo seriam fatores de incentivo para novos investimentos na construção civil, incrementando o acesso à moradia. Esse é o posicionamento de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, que apontam que esses fatores podem gerar a diminuição dos juros nesses negócios jurídicos (*Direitos reais*..., 2006, p. 387).

Ainda temos de refletir sobre esse último argumento. Isso porque é até comum que as alienações fiduciárias em garantia para as aquisições futuras de imóveis tragam como conteúdo desproporções negociais, situações de onerosidade excessiva. Vale dizer que como a moradia envolve questão de premente necessidade, pela previsão do art. 6.º da CF/1988, muitas vezes está configurada a lesão, vício subjetivo, nos termos do art. 157 do CC em vigor. Presente esse vício do negócio jurídico, justifica-se a anulação do negócio (arts. 171, II, e 178, II, do CC), ou mesmo a sua revisão (art. 157, § 2.º).

Apesar dessa divergência, concorda-se com os últimos doutrinadores citados quando levantam a inconstitucionalidade do § 2.º do art. 27 da Lei 9.514/1997. Para Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, a inconstitucionalidade está presente, pois o dispositivo, ao prever que no segundo leilão a coisa seja vendida pelo maior lance oferecido e desde que esse lance cubra o valor do débito, possibilita que o devedor perca a coisa, bem como tudo o que foi pago, sem ter condições de discutir judicialmente o fato de ser privado da propriedade. O exemplo dos civilistas é bem didático:

> "Assim, se *A* pagou R$ 50.000,00 de um débito total de R$ 70.000,00, quando o seu imóvel for a leilão, nada impede que no segundo leilão seja a coisa vendida por apenas R$ 20.000,00. Neste caso *A* não só perderá o imóvel, como tudo o que pagou. Há ofensa ao devido processo legal, pois a pessoa será privada do direito de propriedade sem a garantia constitucional do processo e da presença do Estado-juiz. Sempre devemos lembrar que o trinômio vida/liberdade/propriedade é genericamente garantido pelo *due process of law*" (FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direitos reais*..., 2006, p. 387).

Apesar dessa nossa concordância, pretende-se, aqui, propor uma análise do dispositivo, à luz da socialidade, quem sabe até para *salvar* o seu teor.

Opina-se que o art. 27, § 2.º, da Lei 9.514/1997 seja compreendido nos moldes de que esse novo lance não pode ser muito inferior ao valor da coisa que garante a dívida. Não sendo assim, estará configurada a onerosidade excessiva do negócio jurídico a fundamentar a sua revisão, ou mesmo a sua anulação. Para esse argumento, pode-se citar o mencionado art. 157 do CC em vigor, que se refere à lesão como vício do negócio jurídico.

Outro argumento que pode ser utilizado é que o comando legal da Lei 9.514/1997 está incentivando o enriquecimento sem causa, particularmente do terceiro, que arremata o bem e que

pode ficar com a coisa por valor muito inferior ao seu valor real. Destaque-se que o locupletamento sem razão é vedado expressamente pelos arts. 884 a 886 da atual codificação privada.

Concluindo, presente uma grande diferença entre o valor do lance e o valor do bem, ou mesmo do valor já pago, caberá ao devedor fiduciante o direito de impedir o leilão no âmbito judicial. Essa conclusão, baseada na socialidade, até *salva* o dispositivo. Não sendo assim, deve-se mesmo reconhecer a sua inconstitucionalidade, ou seja, que esse não tem aplicação, conforme apontam os doutrinadores retro citados.

Seguindo parcialmente essa linha, anote-se que, na *VI Jornada de Direito Civil*, promovida pelo Conselho da Justiça Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça em 2013, foi aprovado o Enunciado 567, segundo o qual "a avaliação do imóvel para efeito do leilão previsto no § 1.º do art. 27 da Lei n. 9.514/1997 deve contemplar o maior valor entre a avaliação efetuada pelo município para cálculo do imposto de transmissão *inter vivos* (ITBI) devido para a consolidação da propriedade no patrimônio do credor fiduciário e o critério fixado contratualmente".

Segundo as justificativas do enunciado doutrinário em questão, "considerando que, em regra, os financiamentos imobiliários são de longo prazo, podendo ocorrer defasagem entre o valor indicado no contrato e o valor de mercado, no primeiro leilão a que se refere o art. 27, § 1.º, da Lei n. 9.514/1997, o imóvel pode vir a ser ofertado e arrematado por valor muito inferior ao de mercado. Considerando que o leilão deve ser realizado nos 30 dias que se seguirem à consolidação da propriedade no patrimônio do credor e que a transmissão constitui fato gerador do ITBI, o valor cobrado pelo município para a transação pode mostrar-se o mais próximo da realidade do mercado por ocasião do leilão. Desse modo, caso esse valor seja superior ao valor estipulado contratualmente, poderá ser utilizado para a fixação do preço do imóvel para fins do primeiro leilão previsto na Lei n. 9.514/1997".

Encerrando quanto ao tema, respondendo as duas indagações antes formuladas: o leilão extrajudicial previsto na Lei 9.514/1997 não é inconstitucional. Todavia, o disposto no art. 27, § 2.º, no mínimo, fere o princípio da socialidade.

Superado esse ponto, a lei específica da alienação fiduciária em garantia de bens imóveis autoriza a cessão do crédito objeto da alienação fiduciária (art. 28). Em situação tal, a cessão implicará a transferência, ao cessionário, de todos os direitos e obrigações inerentes à propriedade fiduciária em garantia. Além disso, o devedor fiduciante também poderá, com anuência expressa do credor fiduciário, transmitir os direitos de que seja titular sobre o imóvel objeto da alienação fiduciária em garantia, assumindo o adquirente as respectivas obrigações (art. 29). Há, portanto, nos dois casos a *cessão da posição contratual* ou *cessão de contrato*.

Em tais hipóteses, é assegurada ao credor fiduciário, seu cessionário ou sucessores, e também ao adquirente do imóvel por força do público leilão extrajudicial, a ação de reintegração na posse do imóvel, que será concedida liminarmente, para desocupação em sessenta dias, desde que comprovada, a consolidação da propriedade em seu nome (art. 30 da Lei 9.514/1997).

Segundo o art. 31 da mesma norma, o fiador ou terceiro interessado que pagar a dívida ficará sub-rogado, de pleno direito, no crédito e na propriedade fiduciária. A hipótese é de sub-rogação legal ou automática, nos termos do art. 346, III, do CC.

Por outro lado, na hipótese de insolvência do devedor fiduciante, fica assegurada ao credor

fiduciário a restituição do imóvel alienado fiduciariamente, na forma da legislação pertinente (art. 32 da Lei 9.514/1997).

Por derradeiro, o art. 33 da lei especial prevê que se aplicam à propriedade fiduciária, no que couber, as disposições dos arts. 647 e 648 do CC. A menção é ao Código Civil de 1916 e às normas que tratavam do compáscuo, ou seja, do condomínio de pastagens. Entretanto, as normas foram revogadas pelo Código Civil de 2002 e não merecem mais aplicação.

RESUMO ESQUEMÁTICO

Alienação Fiduciária em garantia

CONCEITO: Negócio jurídico pelo qual o devedor fiduciante aliena o bem adquirido a um terceiro, o credor fiduciário, que paga o preço ao alienante originário. Constata-se que o credor fiduciário é o proprietário da coisa, tendo, ainda, um direito real sobre a coisa que lhe é própria. Com o pagamento de todos os valores devidos, o devedor fiduciante adquire a propriedade, o que traz a conclusão de que a propriedade do credor fiduciário é resolúvel.

NATUREZA JURÍDICA: Trata-se de um direito real de garantia sobre coisa própria, que pode ser um bem móvel ou imóvel. A propriedade fiduciária é modalidade de propriedade resolúvel.

TRATAMENTO LEGISLATIVO:

– Código Civil de 2002, arts. 1.361 a 1.368-A (o último introduzido pela Lei 10.931/2004);
– Decreto-lei 911/1969 (Bens móveis), com as devidas alterações pela Lei 10.931/2004. Possibilidade de ação de busca e apreensão da coisa alienada por parte do credor fiduciário contra o devedor fiduciante;
– Lei 9.514/1997. Com as devidas alterações pela Lei 11.481/2007. Possibilidade de leilão extrajudicial do bem.

A Alienação Fiduciária em garantia de bens móveis e o adimplemento substancial

Em casos envolvendo a alienação fiduciária em garantia de bens móveis, a jurisprudência do STJ tem entendido pela impossibilidade da medida de busca e apreensão se o contrato tiver sido quase todo cumprido. Trata-se de aplicação da *tese do adimplemento substancial*, conforme o Enunciado 361 do CJF/STJ: "O adimplemento substancial decorre dos princípios gerais contratuais, de modo a fazer preponderar a função social do contrato e o princípio da boa-fé objetiva, balizando a aplicação do art. 475". Dos julgados, destaca-se o seguinte: "ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. Busca e apreensão. Deferimento liminar. Adimplemento substancial. Não viola a lei a decisão que indefere o pedido liminar de busca e apreensão considerando o pequeno valor da dívida em relação ao valor do bem e o fato de que este é essencial à atividade da devedora. Recurso não conhecido" (STJ, REsp 469.577/SC, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, j. 25.03.2003, *DJ* 05.05.2003, p. 310).

A Alienação Fiduciária em garantia de bens móveis e a questão da prisão civil do devedor fiduciante

A prisão civil do depositário infiel consta expressamente do art. 5.º, LXVII, da CF/1988 e do art. 652 do CC/2002.

A possibilidade jurídica dessa prisão civil já vinha dividindo a jurisprudência do STJ (contra a prisão) e do STF (a favor da prisão), e se complicou enormemente com a Emenda Constitucional 45, de 8 de dezembro de 2004, que acrescentou um § 3.º ao art. 5.º da Carta Fundamental, cujo teor é o seguinte: "Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais".

Pela nova ordem, os tratados referentes aos direitos humanos equivalem à emenda constitucional, desde que aprovados de acordo com o procedimento previsto. Assim sendo, se admitirmos que o Pacto de San José foi ratificado posteriormente à Constituição Federal, concluiremos que o art. 5.º, LXVII, teria sido parcialmente revogado no tocante à prisão do depositário infiel. O problema que se coloca é que o Pacto de San José foi ratificado pelo Brasil antes da vigência da Emenda Constitucional 45/2004. A norma constitucional atingiria os tratados internacionais celebrados antes de sua vigência, ou seja, a Emenda Constitucional 45/2004 produziria efeitos retroativos? A resposta é positiva, pois se deve entender que a Emenda Constitucional em questão se aplica aos tratados anteriores, pois seria ilógico concluir ao contrário, eis que os tratados mais importantes sobre o tema já foram editados e ratificados pelos países democráticos, caso do Brasil.

O Supremo Tribunal Federal, conforme decisões publicadas no seu Informativo 531, acabou por concluir que a prisão civil do depositário não se coaduna com o sistema brasileiro. A tese que prevaleceu é que o Pacto de San José da Costa Rica tem força supralegal, ou seja, entre a Constituição Federal de 1988 e as leis ordinárias, o que retira os fundamentos nas leis inferiores para a prisão civil do depositário (tese do Min. Gilmar Mendes). Alguns ministros, contudo, entenderam que a vedação da prisão civil constante do Pacto teria força constitucional, conforme defendido pelos autores desta obra.

Na verdade, o STF baniu a prisão civil em qualquer modalidade de depósito, seja ele convencional ou judicial, típico ou atípico; atingindo a alienação fiduciária em garantia (Súmula Vinculante 25).

A Alienação Fiduciária em garantia de bens imóveis e o leilão extrajudicial	De acordo com a Lei 9.514/1997, uma vez consolidada a propriedade em seu nome, o credor fiduciário, no prazo de 30 dias, contados da data do registro da consolidação, promoverá leilão público para a alienação do imóvel (art. 27, *caput*, da Lei 9.514/1997). Se no primeiro leilão o maior lance oferecido for inferior ao valor do imóvel, será realizado o segundo leilão, nos 15 dias seguintes (art. 27, § 1.º, da Lei 9.514/1997). Nesse segundo leilão, será aceito o maior lance oferecido, desde que igual ou superior ao valor da dívida, das despesas, dos prêmios de seguro, dos encargos legais, inclusive tributos, e das contribuições condominiais (art. 27, § 2.º, da Lei 9.514/1997). Segundo o entendimento majoritário, o leilão extrajudicial não é inconstitucional. Todavia, o maior lance oferecido no segundo leilão não pode gerar onerosidade excessiva (desequilíbrio), sob pena de caracterização da lesão (art. 157 do CC) e do enriquecimento sem causa (arts. 884 a 886 do CC).

QUESTÕES CORRELATAS

1. (Procurador do Estado/CE – 2004) Em relação à propriedade e à posse, assinale a opção correta.

(A) Se o proprietário tiver o seu veículo furtado e, após empreender as diligências necessárias, encontrá-lo em poder de terceiro de boa-fé, que inclusive já o registrou como seu na repartição de trânsito, ficará impedido de exigir a restituição, cabendo ao proprietário originário ingressar com ação de indenização em face do alienante.

(B) Na propriedade fiduciária, ocorrem duas modalidades de tradição consensual: no início, o constituto possessório e, ao término do pagamento, a tradição *brevi manu*, ou seja, resgatará a propriedade sem que se opere a entrega material da coisa.

(C) O direito de retenção consiste na faculdade de o possuidor, seja de boa-fé ou má-fé, manter o poder de fato sobre a coisa alheia até ser indenizado pelo valor das benfeitorias necessárias e úteis nela realizadas.

(D) A detenção se confunde com a posse direta, pois o detentor exerce atos possessórios enquanto o proprietário exerce a posse indireta sobre o bem objeto da relação jurídica de direito real ou pessoal.

(E) O interdito proibitório é o remédio colocado à disposição do possuidor que foi esbulhado para recuperar a posse perdida, implicando reação imediata à injusta agressão, por sua própria força.

2. (Procurador/DF – 2007) Assinale a opção falsa.

(A) A propriedade fiduciária e o penhor somente incidem sobre bens móveis.

(B) A hipoteca, o penhor e a anticrese constituem modalidade de direito real de garantia.

(C) O dono de imóvel pode constituir outra hipoteca sobre ele, mediante novo título, em favor do mesmo credor ou de outro (hipoteca de 2.º grau).

(D) O dono de bem móvel pode instituir sobre ele propriedade fiduciária de 2.º grau, do mesmo modo como ocorre com a hipoteca.

(E) É nula cláusula que autoriza o proprietário fiduciário, o credor hipotecário, pignoratício, anticrético a ficar com o objeto da garantia, se a dívida não for paga no vencimento.

3. (Advogado/BNDES – 2006) A alienação fiduciária em garantia é espécie de contrato em que o credor tem apenas o domínio resolúvel e a posse indireta do bem alienado, enquanto o devedor mantém-se na posse direta do bem, na qualidade de depositário. Levando-se em consideração as disposições de lei relativas à alienação fiduciária, assinale a afirmativa INCORRETA.

(A) Requerida pelo credor a busca e apreensão do bem móvel objeto da alienação fiduciária em garantia, é vedado ao devedor emendar a mora com o simples depósito das prestações vencidas em atraso.

(B) Adimplida a dívida originária, resolve-se o domínio em favor do devedor fiduciante, que volta a gozar da plena propriedade sobre o bem.

(C) Quando a alienação fiduciária tem por objeto bem imóvel, inadimplida a obrigação, cabe ao credor exercer seus

direitos através do instituto da consolidação.

(D) Se o bem não for encontrado na posse do devedor, a ação de busca e apreensão será convolada em ação de depósito.

(E) A alienação fiduciária em garantia é contrato de caráter instrumental ao contrato de mútuo que se pretende garantir.

4. (Promotor de Justiça/MP-SP – 82.º Conc.) A alienação fiduciária em garantia

(A) pode ser empregada no financiamento de qualquer espécie de bem e transfere ao credor o domínio resolúvel e a posse indireta.

(B) pode ser empregada apenas no financiamento de bem móvel e transfere ao devedor o domínio resolúvel e a posse indireta.

(C) pode ser empregada no financiamento de qualquer espécie de bem e transfere ao devedor o domínio resolúvel e a posse indireta.

(D) pode ser empregada apenas no financiamento de bem móvel e transfere ao credor o domínio resolúvel e a posse indireta.

(E) pode ser empregada no financiamento de qualquer espécie de bem e o credor torna-se possuidor direto e depositário do bem.

5. (Promotor de Justiça/MP-SP – 81.º Conc.) A instituição financeira "A" celebrou com a empresa "B" contrato de financiamento de veículos com alienação fiduciária. Tendo sido decretada a falência da empresa "B", os veículos foram arrecadados pelo síndico. O procedimento correto da credora será

(A) ajuizar ação de execução para receber seu crédito.

(B) ajuizar pedido de restituição dos bens alienados fiduciariamente.

(C) ajuizar ação de busca e apreensão dos bens alienados fiduciariamente.

(D) aguardar o encerramento da falência para recuperar os bens.

(E) ajuizar ação revocatória para reclamar os bens.

6. (Juiz de Direito/TJ-DFT – 2007) Assinale a assertiva correta:

(A) Na ação de busca e apreensão, embasada em contrato de alienação fiduciária, para conceder a liminar, não pode o juiz, de ofício, alterar cláusulas contratuais, ao argumento de que causam prejuízos ao consumidor.

(B) A transferência das ações nominativas da sociedade anônima, decorrente de ato de transmissão *inter vivos*, se opera mediante entrega do título e comunicação à sociedade.

(C) É lícito ao emitente de uma letra de câmbio excluir ou restringir a sua responsabilidade cambial.

(D) O endosso pode ser parcial quando houver limitação escrita na cártula.

7. (Juiz do Trabalho/TRT 11.ª Região – 2007) Por meio do contrato de alienação fiduciária em garantia, o proprietário de um bem móvel

(A) aliena-o a outra pessoa, em garantia de uma dívida com esta contraída, mas permanece com a posse direta do bem.

(B) aliena-o a outra pessoa, em garantia de uma dívida com esta contraída, e lhe transfere a propriedade plena do bem, recuperando-a após o pagamento da dívida.

(C) oferece-o em penhor ao credor do financiamento obtido para a aquisição do próprio bem.

(D) transfere a sua posse direta a outra pessoa, em garantia de uma dívida com esta contraída, mas permanece com a propriedade plena do bem.

(E) transfere a sua posse indireta a outra pessoa, em garantia de uma dívida com esta contraída, mas permanece com a propriedade plena do bem.

8. (Advogado/CEF – 2006) Em relação ao direito das coisas, julgue o item que se segue.

8.1 Na alienação fiduciária em garantia, dá-se a transferência do domínio do bem móvel ao credor, em garantia do pagamento, permanecendo o devedor com a posse direta da coisa.

9. (Juiz Federal/TRF 5.ª Região – 2004) No que se refere aos contratos empresariais, julgue o item seguinte.

9.1 O contrato de alienação fiduciária em garantia transfere ao credor a posse da coisa móvel alienada, independentemente da tradição efetiva do bem.

10. (Juiz Federal/TRF 5.ª Região – 2007) Considerando a evolução na interpretação e concretização dos direitos e das garantias individuais no âmbito da jurisdição constitucional das liberdades, julgue o item a seguir.

10.1 O STF, em sua mais nova composição, reavaliando a constitucionalidade da prisão civil no ordenamento jurídico pátrio, ratificou a posição até então adotada pela corte no sentido de ser a constrição plenamente cabível à luz da Constituição Federal – seja em decorrência de inadimplemento da prestação alimentícia, seja em razão do depósito infiel e até mesmo da alienação fiduciária convertida em depósito – porque o Pacto de San José tem *status* de legislação ordinária, inábil, pois, para reformar o paradigma constitucional.

11. (Procurador DF 2007) Assinale a opção falsa.

(A) A propriedade fiduciária e o penhor somente incidem sobre bens móveis.

(B) A hipoteca, o penhor e a anticrese constituem modalidade de direito real de garantia.

(C) O dono de imóvel pode constituir outra hipoteca sobre ele, mediante novo título, em favor do mesmo credor ou de outro (hipoteca de 2.º grau).

(D) O dono de bem móvel pode instituir sobre ele propriedade fiduciária de 2.º grau, do mesmo modo como ocorre com a hipoteca.

(E) É nula cláusula que autoriza o proprietário fiduciário, o credor hipotecário, pignoratício, anticrético a ficar com o objeto da garantia, se a dívida não for paga no vencimento.

12. (Advogado CEF 2006) Em relação ao direito das coisas, julgue o item que se segue. Na alienação fiduciária em garantia, dá-se a transferência do domínio do bem móvel ao credor, em garantia do pagamento, permanecendo o devedor com a posse direta da coisa.

13. (Defensoria Pública/SP – FCC/2010) Assinale a alternativa INCORRETA.

(A) Reconhecida a nulidade do contrato de mútuo destinado à aquisição de bem, extingue-se a alienação fiduciária.

(B) Os devedores fiduciante e pignoratício assemelham-se na transferência do domínio sobre a coisa destinada à garantia.

(C) No decorrer do contrato, o devedor fiduciante pode usar do bem conforme sua destinação, porém deixa de ser titular do domínio.

(D) A propriedade fiduciária tem por objeto coisa infungível.

(E) O credor fiduciário adquire o direito de propriedade resolúvel e a posse indireta do bem.

GABARITO

1 – B	2 – D	3 – A	4 – D
5 – B	6 – A	7 – A	8.1 – Certa
9.1 – Certa	10.1 – Errada	11 – D	12 – Certa
13 – B			

BIBLIOGRAFIA

AGUIAR JR., Ruy Rosado de. *III Jornada de Direito Civil*. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2005.

AGUIAR, Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor (Resolução)*. Rio de Janeiro: Aide, 1991.

ALARCÃO, Rui. Menos leis, melhores leis. *Revista Brasileira de Direito Comparado*. Rio de Janeiro: Instituto de Direito Comparado Luso-brasileiro, 2009, n. 31, p. 2.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALMEIDA, José Luiz Gavião de. *Código Civil comentado*: Direito das sucessões, sucessão em geral, sucessão legítima. Coord. Álvaro Villaça Azevedo. São Paulo: Atlas, 2003. v. XVIII.

ALVES, Jones Figueirêdo. "Perros" e "Osos". Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI167049,21048-Perros+e+Osos>. Acesso em: 3 maio 2013.

———; DELGADO, Mário Luiz. *Código Civil anotado*. São Paulo: Método, 2005.

ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1980.

AMARAL, Francisco. *Direito civil* – Introdução. 6. ed. rev., atual. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

AMORIM FILHO, Agnelo. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis. *Revista dos Tribunais* 300/7 e 744/725, São Paulo: RT.

ANTONIO JÚNIOR, Valter Farid. *Compromisso de compra e venda*. São Paulo: Atlas, 2009.

ARONNE, Ricardo. *Código Civil anotado*. Coord. Rodrigo da Cunha Pereira. Porto Alegre: Síntese, 2004.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil*. Reais. 5. reimp. Coimbra: Coimbra, 2000.

———. *Direitos reais*. 5. ed. Lisboa: Coimbra, 2000.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Comentários ao novo Código Civil*. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. VII.

———. *Prisão civil por dívidas*. São Paulo: RT, 1993.

AZEVEDO JR., José Osório de. *Compromisso de compra e venda*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1992.

———. *Compromisso de compra e venda*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. *Manual de direito civil*. Direito das coisas e responsabilidade civil. São Paulo: Método, 2005. v. 3.

BARROSO, Lucas Abreu. Hermenêutica e operabilidade do art. 1.228, §§ 4.º e 5.º do Código Civil. *Revista de Direito Privado* n. 21, jan.-mar./2005.

———. O prazo da usucapião extraordinária de servidão aparente. *A realização do Direito Civil*. Curitiba: Juruá, 2011.

———. Novas fronteiras da obrigação de indenizar. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (Coord.). *Questões controvertidas no novo Código Civil*. São Paulo: Método, 2006. v. 5.

BESSONE, Darcy. *Direitos reais*. São Paulo: Saraiva, 1988.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil comentado*. São Paulo: Freitas Bastos, 1955. v. 3.

———. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. Edição Histórica. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1977.

———. *Direito das coisas*. Brasília: Senado Federal, 2003. Coleção História do Direito Brasileiro. v. 1.

———. *Direito das coisas*. 5. ed. atual. por José de Aguiar Dias. Rio de Janeiro: Forense, sem data. v. I.

———. *Direito das coisas*. 5. ed. atual. por José de Aguiar Dias. Rio de Janeiro: Forense, sem data. v. II.

BOBBIO. Norberto. Da estrutura à função. *Novos estudos de teoria do direito*. Tradução de Daniele Beccaccia Vesiani. São Paulo: Manole, 2007.

———; PONTARA, Giulliano; VECA, Salvatore. *Crise de la democrazia e neocontrattualismo*. Roma: Editora Riuniti, 1984.

BRANDELLI, Leonardo. *Aplicação do princípio da tutela da aparência jurídica ao terceiro registral imobiliário de boa-fé*: aspectos jurídicos e econômicos. Porto Alegra: UFGRS, 2013.

CAHALI, Francisco José. *Direito das sucessões*. 3. ed. São Paulo: RT, 2007.

———; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Curso avançado de direito civil*. 2. ed. rev. e atual. Coord. Everaldo Cambler. São Paulo: RT, 2003. v. 6: Direito das sucessões.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *A nova execução da sentença*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

———. *Lições de direito processual civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. v. I.

———. *Lições de processo civil*. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. v. III.

CARVALHO SANTOS, João Manuel. *Código Civil brasileiro integrado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1937. v. 9 e 10 – Direito das coisas (arts. 755-862).

CHALHUB, Melhim Namen. Usucapião administrativa. Disponível em: <http://www.melhimchalhub.com.br/noticia/detalhe/20>. Acesso em: 24 set. 2012.

CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. Direito de autor e direitos da personalidade: reflexões à luz do Código Civil. Tese para concurso de Professor Titular de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2008.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito civil*. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 4.

COELHO, Gil Ernesto Gomes. A multa moratória da convenção de condomínio e o novo Código Civil – questão de direito intertemporal. In: CASCONI, Francisco Antonio; AMORIM, José Roberto Neves (Coord.). *Condomínio edilício* – aspectos relevantes e aplicação do novo Código Civil. São Paulo: Método, 2005.

COPPOLA, Ruy. Arrematação pelo condomínio de unidade autônoma. In: CASCONI, Francisco Antonio; AMORIM, José Roberto Neves (Coord.). *Condomínio edilício* – aspectos relevantes e aplicação do novo Código Civil. São Paulo: Método, 2005.

CORREA, Alexandre; SCIASCIA, Gaetano. *Manual de direito romano e textos em correspondência com os artigos do Código Civil brasileiro*. 4. ed. rev. e aum. São Paulo: Saraiva, 1992.

DANTAS JR., Aldemiro Rezende. *Direito de vizinhança*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

DELGADO, Mário Luiz. *Problemas de direito intertemporal no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2004.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2007. v. 1.

DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

———. *Código Civil anotado*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

———. *Curso de direito civil brasileiro*. 21. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 6: Direito das sucessões.

———. *Curso de direito civil brasileiro*. 22. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 4: Direito das coisas.

———. *Curso de direito civil brasileiro*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 5: Direito de Família.

———. *Curso de direito civil brasileiro*. Direito das Coisas. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 4.

———. *Dicionário jurídico*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. v. 2.

DI PIETRO, Maria Silvia Zanella. *Direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

DUARTE, Nestor. *Penhor de títulos de crédito*. São Paulo: RT, 2012.

EHRHARDT JR., Marcos. Temos um novo tipo de usucapião criado pela Lei 12.424/2011. Problemas à vista. Disponível em: <http://www.marcosehrhardt.adv.br/index.php/blog>. Acesso em: 1.º jul. 2011.

FACHIN, Luiz Edson. *Comentários ao Código Civil*: Parte Especial. Coord. Antônio Junqueira de Azevedo. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 15: Direito das coisas.

———. Direitos de vizinhança e o novo Código Civil brasileiro: uma sucinta apreciação. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (Coord.). *Questões controvertidas no novo Código Civil*. São Paulo: Método, 2004. v. 2.

———. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

———. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil*. Reais. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2012. v. 5.

———. *Direitos reais*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

———. *Direitos reais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

FELICIANO, Guilherme Guimarães. *Tratado da alienação fiduciária em garantia*. São Paulo: LTr, 1999.

FIGUEIRA JR., Joel Dias. *Código Civil comentado*. Coord. Ricardo Fiuza. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

———. *Código Civil comentado*. Coord. Ricardo Fiúza e Regina Beatriz Tavares da Silva. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

———. *Novo Código Civil comentado*. 5. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

———. *Novo Código Civil comentado*. 2. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2003.

FONSECA, Arnoldo Medeiros da. *Direito de retenção*. Rio de Janeiro: Forense, 1957.

FRANCO, J. Nascimento. *Condomínio*. 5. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: RT, 2005.

FULGENCIO, Tito. *Direito real de hypotheca*. São Paulo: Saraiva, 1928.

GAGLIANO, Pablo Stolze. *Código Civil comentado*. Coord. Álvaro Villaça Azevedo. São Paulo: Atlas, 2004. v. XIII: Direito das

coisas.

———. Controvérsias constitucionais acerca do usucapião coletivo. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 1.063, 30 maio 2006. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8318>. Acesso em: 07 fev. 2007.

———; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. Direito de família. São Paulo: Saraiva, 2011.

GAMA, Affonso Dionysio. *Da hypotheca*: Theoria e pratica. São Paulo: Saraiva, 1921.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Sucessão do companheiro sem ascendentes nem descendentes no Código Civil de 2002. *Novidades no Direito Civil*. São Paulo: Método, 2007.

GOMES, Orlando. *Direitos reais*. 19. ed. rev., atual. e aum. de acordo com o Código Civil de 2002. Atualizador: Luiz Edson Fachin. Coord. Edvaldo Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

———. *Direitos reais*. 19. ed. atual. e aum. de acordo com o Código Civil de 2002. Atualizador: Luiz Edson Fachin. Coord. Edvaldo Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

———. *Direitos reais*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

———. *Contratos*.26. ed. Atualizadores: Antônio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo de Crescenzo Marino. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Curso de direito civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2008. v. V: Direito das coisas.

———. *Direito civil brasileiro*. Direito das coisas. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 5.

———. *Direito civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 5: Direito das Coisas.

GONDINHO, André Pinto da Rocha Osório. *Direitos reais e autonomia da vontade* (o princípio da tipicidade dos direitos reais). Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ITABAIANA DE OLIVEIRA, Arthur Vasco. *Tratado de direito das sucessões*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Max Limonad, 1952. v. 2: Da sucessão testamentária.

KOJRANSKI, Nelson. *Condomínio edilício*. Rio de Janeiro: GZ, 2011.

KÜMPEL, Vitor Frederico. *A teoria da aparência no Código Civil de 2002*. Coleção Professor Arruda Alvim. São Paulo: Método, 2007.

LARENZ, Karl. *Derecho Civil*. Parte General. Traduccíon y notas de Miguel Izquierdo y Macías-Picavea. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1978.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *Comentários ao novo Código Civil do direito das sucessões*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. XXI.

LIMA, Frederico Henrique Viegas de. *Condomínio em edificações*. São Paulo: Saraiva, 2010.

———. *Da alienação fiduciária em garantia de coisa móvel*. Curitiba: Juruá, 1998.

———. *Direito imobiliário registral na perspectiva civil-constitucional*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2004.

LIMONGI FRANÇA, Rubens. *Enciclopédia Saraiva do Direito*. Coord. Rubens Limongi França. São Paulo: Saraiva, 1977. v. 29.

———. *Instituições de direito civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

———. *Instituições de direito civil*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

LIRA, Ricardo Pereira. *Elementos de direito urbanístico*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

LOPES, João Batista. *Condomínio*. 9. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: RT, 2006.

———. *Condomínio*. 10. ed. São Paulo: RT, 2008.

LOUREIRO, Francisco Eduardo. *Código Civil comentado*. Coordenador Ministro Cezar Peluso. São Paulo: Manole, 2007.

———. *Código Civil comentado*. 4. ed. Coordenador Ministro Cezar Peluso. São Paulo: Manole, 2010.

LUCON, Paulo Henrique. *Código de Processo Civil interpretado*. Coordenador Antonio Carlos Marcato. São Paulo: Atlas, 2004.

MALUF, Carlos Alberto Dabus. *Código Civil comentado*. 6. ed. Coord. Ricardo Fiúza e Regina Beatriz Tavares da Silva. São Paulo: Saraiva, 2008.

———. *Código Civil comentado*. 8. ed. Coord. Regina Beatriz Tavares da Silva. São Paulo: Saraiva, 2012.

———. *Das cláusulas de inalienabilidade, incomunicabilidade e impenhorabilidade*. São Paulo: Saraiva, 1986.

———. *Limitações ao direito de propriedade*. 3. ed. São Paulo: RT, 2011.

———. *Novo Código Civil comentado*. 2. ed. Coord. Ricardo Fiuza. São Paulo: Saraiva, 2004.

———. *Novo Código Civil comentado*. Coord. Ricardo Fiuza. São Paulo: Saraiva, 2002.

———. *O condomínio tradicional no direito civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1989.

———; MARQUES, Márcio Antero Motta Ramos. *Condomínio edilício*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

———; ———. *O condomínio edilício no novo Código Civil*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

MAMEDE, Gladston. *Código Civil comentado*. Coord. Álvaro Villaça de Azevedo. São Paulo: Atlas, 2003. v. XIV: Direito das coisas.

———. *Direito empresarial brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2006. v. 3: Título de Crédito.

MANIGLIA, Elisabete. Atendimento da função social pelo imóvel rural. In: BARROSO, Lucas Abreu; MIRANDA, Alcir Gursen de; SOARES, Mário Lúcio Quintão (Coord.). *O direito agrário na Constituição*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

MARCATO, Antonio Carlos. *Procedimentos especiais*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

MARQUES, Benedito Ferreira. *Direito agrário brasileiro*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MARQUES, Benedito Ferreira. *Direito agrário brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2011.

MARQUES, Cláudia Lima. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. Introdução. São Paulo: RT, 2004.

———. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 5. ed. São Paulo: RT, 2006.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: RT, 1999.

———. *Comentários ao no Código Civil*. Coordenador Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 5, t. II.

MAXIMILIANO, Carlos. *Condomínio*. 4. ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1956.

MAZZEI, Rodrigo Reis. Abuso de direito: contradição entre o § 2.º do art. 1.228 e o art. 187 do Código Civil. In: BARROSO, Lucas Abreu (Org.). *Introdução crítica ao Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

———. *Direito de superfície*. Salvador: Juspodivm, 2013.

MAZZUOLI, Valério. *Prisão civil por dívida e o Pacto de San José da Costa Rica*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MELO, Marco Aurélio Bezerra de. *Direito das coisas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

———. *Novo Código Civil anotado*. 3. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2001.

MONTEIRO DE BARROS, Flávio Augusto. *Manual de direito civil*. São Paulo: Método, 2004. v. 4: Direito de família e das sucessões.

———. *Manual de direito civil*. São Paulo: Método, 2005. v. 3: Direito das coisas e responsabilidade civil.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. 39. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1: Parte Geral.

———. *Curso de direito civil brasileiro*. Direito das coisas. 37. ed. atual. por Carlos Alberto Dabus Maluf. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 3.

———; MALUF, Carlos Alberto Dabus. *Curso de direito civil*. Direito das coisas. 39. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 3.

MORAES, Renato Duarte Franco de. A função social da posse. In: TARTUCE, Flávio; CASTILHO, Ricardo (Coord.). *Direito civil. Direito patrimonial. Direito existencial*. Estudos em homenagem à professora Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka. São Paulo: Método, 2006.

MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito romano*.7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

———. *Posse*. Estudo dogmático. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. v. II. t. I.

NEGRÃO, Theotonio. *Código de Processo Civil*. 37. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

———; GOUVÊA, José Roberto F. *Código Civil Anotado*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil comentado*. 3. ed. São Paulo: RT, 2003.

———. *Código de Processo Civil comentado*. 9. ed. São Paulo: RT, 2006.

———. *Código de Processo Civil comentado*. 8. ed. São Paulo: RT, 2004.

NEVES, Gustavo Kloh Müller. O princípio da tipicidade dos direitos reais ou a regra do *numerus clausus*. In: MORAES, Maria Celina Bodin de (Coord.). *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

OCHIUTTO JUNIOR, Francisco. As despesas de condomínio e o chamado "contrato de gaverta". In: CASCONI, Francisco Antonio; AMORIM, José Roberto Neves (Coord.). *Condomínio edilício* – aspectos relevantes e aplicação do novo Código Civil. São Paulo: Método, 2005.

PENTEADO, Luciano de Camargo. *Direito das coisas*. São Paulo: RT, 2008.

———. *Direito das coisas*. 2. ed. São Paulo: RT, 2012.

———. *Efeitos contratuais perante terceiros*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Condomínio e incorporações*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

———. *Instituições de direito civil*. 18. ed. Atualizador: Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. IV.

———. *Instituições de direito civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981. v. IV.

———. *Instituições de direito civil*. Direitos reais. 21. ed. atual. por Carlos Edison do Rego Monteiro Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2012. v. IV.

PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direito das coisas*. 6. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956.

———. *Direito das coisas*. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1943. v. I.

———. *Direito das coisas*. Brasília: Senado Federal, 2004. Coleção História do Direito Brasileiro. v. 1.

PIOVESAN, Flávia. Reforma do Judiciário e direitos humanos. In: TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. Reforma do Judiciário. São Paulo: Método, 2005.

PIVA, Rui Carvalho. *Bem ambiental*. São Paulo: Max Limonad, 2001.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. 4. ed. São Paulo: RT, 1974. t. 3, 4 e 5.

QUEIROZ, Odete Novais Carneiro. *Prisão civil e os direitos humanos*. São Paulo: RT, 2004.

REALE, Miguel. Exposição de Motivos ao Anteprojeto do Código Civil. In: NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil comentado*. 3. ed. São Paulo: RT, 2005.

RIBEIRO, Benedito Silvério. *Tratado de usucapião*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 1.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 7: Direito das sucessões.

———. *Direito civil*. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 1: Parte geral.

———. *Direito civil*. 27. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 5: Direito das coisas.

———. *Direito civil*. 25. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 7: Direito das sucessões.

———. *Direito civil*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. v. 5: Direito das coisas.

SANTOS, Antonio Jeová dos. *Direito intertemporal e o novo Código Civil*. 2. ed. São Paulo: RT, 2004.

SANTOS, Francisco Cláudio de Almeida. *Direito do promitente comprador e direitos reais de garantia*. Coord. Miguel Reale; Judith Martins-Costa. São Paulo: RT, 2006. Coleção Biblioteca de Direito Civil – Estudos em Homenagem ao Prof. Miguel Reale. v. 5.

SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de direito civil*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1998. v. VII: Direitos reais limitados.

———. *Curso de direito civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1996. v. 3: Fontes das obrigações: Contratos.

SILVA, Luiz Antonio Rodrigues da. Pequena reflexão a respeito da multa de até 2% sobre a contribuição condominial em atraso. In: CASCONI, Francisco Antonio; AMORIM, José Roberto Neves (Coord.). *Condomínio edilício* – aspectos relevantes e aplicação do novo Código Civil. São Paulo: Método, 2005.

SIMÃO, José Fernando. *Direito civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2005. Série Leituras Jurídicas. v. 5: Contratos.

———; *Legislação civil especial*. São Paulo: Atlas, 2007. Série Leituras Jurídicas. v. 30: Locação e propriedade fiduciária.

———. *Vícios do produto no novo Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Atlas, 2003.

———; BUNAZAR, Maurício Baptistella. *Direitos reais sobre imóveis e contratos*. Curitiba: IESDE Brasil, 2007.

SOUZA, Sidney Roberto Rocha de. Animais em apartamentos. In: CASCONI, Francisco Antonio; AMORIM, José Roberto Neves (Coord.). *Condomínio edilício* – aspectos relevantes e aplicação do novo Código Civil. São Paulo: Método, 2005.

TARTUCE, Flávio. A formação do contrato no Novo Código Civil, no Código de Defesa do Consumidor e a via eletrônica. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (Coord.). *Questões controvertidas no novo Código Civil*. São Paulo: Método, 2005. v. 4.

———. *Direito civil*. Lei de introdução e parte geral. 9. ed. São Paulo: Método, 2013. v. 1.

———. *Direito civil*. Direito das obrigações e responsabilidade civil. 8. ed. São Paulo: Método, 2013. v. 2.

———. *Direito civil*. Teoria geral dos contratos e contratos em espécie. 8. ed. São Paulo: Método, 2013. v. 3.

———. *Direito civil*. Direito de família. 8. ed. São Paulo: Método, 2012. v. 5.

———. *Função social dos contratos* – do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil de 2002. 2. ed. São Paulo: Método, 2007.

———. Questões polêmicas quanto ao Direito das Coisas no novo Código Civil. Visão crítica sobre a nova codificação. In: BARROSO, Lucas Abreu (Org.). *Introdução crítica ao Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

TEPEDINO, Gustavo. Contornos da propriedade privada. *Temas de direito civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. t. I.

———. *Multipropriedade imobiliária*. São Paulo: Saraiva, 1993.

———. Os direitos reais no novo Código Civil. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. t. II.

———; MORAES, Maria Celina Bodin de; BARBOZA, Heloísa Helena. *Código Civil interpretado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. v. III.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Editora Forense: Rio de Janeiro, 1974.

———. *Curso de direito processual civil*. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. III.

———. O novo Código Civil e as regras heterotópicas de natureza processual. In: MAZZEI, Rodrigo; DIDIER JR., Fredie (Coord.). *Reflexos do Novo Código Civil no Direito Processual*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2007.

TOMASETTI JR., Alcides. Jurisprudência comentada. *Revista dos Tribunais* n. 723, jan. 1996.

VELOSO, Zeno. *Código Civil comentado*. 6. ed. Coord. Ricardo Fiúza e Regina Beatriz Tavares da Silva. São Paulo: Saraiva, 2008.

———. *Comentários ao Código Civil*. Coord. Antonio Junqueira de Azevedo. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 21.

———. *Novo Código Civil comentado*. Coord. Ricardo Fiuza. 5. ed. São Paulo: Saraiva. 2006.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Código Civil comentado*. Coord. Álvaro Villaça Azevedo. São Paulo: Atlas, 2003. v. XII.

———. *Código Civil interpretado*. São Paulo: Atlas, 2010.

———. *Direito civil*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2007. v. 5: Direitos reais.

———. *Direito civil*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007. v. 5: Direitos reais.

———. *Direito civil*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005. v. 5: Direitos reais.

———. *Direito civil*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004. v. 5: Direitos reais.

———. *Direito civil*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003, v. 3: Contratos em espécie.

VIANA, Marco Aurélio S. *Comentários ao novo Código Civil*. Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. v. XVI: Dos direitos reais.

———. *Comentários ao novo Código Civil*. Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. XVI: Dos direitos reais.